



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Estudio acerca del futuro de la legítima en el ordenamiento jurídico español.

Autor/es

NOELIA ROJAS VILLAYERDE

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



Estudio acerca del futuro de la legítima en el ordenamiento jurídico español.,
de NOELIA ROJAS VILLAVARDE

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.

© El autor, 2017

© Universidad de La Rioja, 2017

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

Trabajo de Fin de Máster

**ESTUDIO ACERCA DEL FUTURO DE LA
LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL**

NOELIA ROJAS VILLAVERDE

TUTOR

Dr. Dº. PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO 2016-2017

SUMARIO

I- RESUMEN/ ABSTRACT.

II- TABLA DE ABREVIATURAS.

III- INTRODUCCIÓN.

IV-ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

4.1- Introducción al sistema sucesorio español.

4.2- Aproximación al concepto de legítima.

4.3- Legitimarios o herederos forzosos.

4.4- Origen y evolución histórica de la legítima.

4.5- Naturaleza jurídica de la legítima.

4.6- La protección de la legítima.

4.6.1 La indisponibilidad de la legítima.

4.6.2 La intangibilidad cualitativa de la legítima.

4.6.3 La intangibilidad cuantitativa de la legítima.

V- DIFERENTES SISTEMA LEGITIMARIOS.

5.1- Reparto de la legítima en el derecho común.

5.2- La legítima en los territorios forales.

5.2.1 Legítima de los descendientes.

5.2.2 Legítima de los ascendientes.

5.2.3 Legítima del cónyuge supérstite y de la pareja de hecho.

5.3- Estado de la cuestión en el derecho comparado.

5.3.1 La libertad de testar en Europa.

- a) Derecho anglosajón en Europa.
- b) El sistema de legítimas en la Europa continental.

5.3.2 Breve referencia a la libertad de testar en América.

VI- DEBATE EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA VS LA LIBERTAD DE TESTAR.

6.1- Sistema de legítimas del Código Civil en su contexto histórico.

6.2- Argumentos a favor y en contra del sistema legitimario.

6.3- Cuestiones conflictivas a tratar dentro de una posible supresión del sistema legitimario.

6.3.1 Introducción.

6.3.2 La posible vulneración de la Constitución Española de 1978.

6.3.3 La protección de la institución de la familia y sus cambios.

A) Evolución histórica de la familia.

B) Sustitución de la familia extensa por la nuclear.

C) Reconocimiento jurídico de los nuevos modelos de familia.

6.3.4 La obligación de alimentos en relación de hijos y ascendientes.

6.3.5 La especialidad en referencia a los bienes de procedencia familiar.

VII- PROPUESTAS ACTUALES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

7.1- Anteproyecto de reforma del Código Civil.

7.2- Otras propuestas.

7.2.1 Legítimas colectivas.

7.2.2 La family provision.

7.2.3 Pensión de alimentos alternativa.

7.2.4 Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana.

7.2.5 El principio de solidaridad intergeneracional.

7.2.6 Establecimiento de la legítima en metálico.

7.3- Nuestra propuesta.

VIII- CONCLUSIONES.

IX- BIBLIOGRAFÍA.

X- JURISPRUDENCIA.

XI- NORMATIVA CITADA.

I- RESUMEN/ ABSTRACT.

Las razones que abogan por conservar nuestro sistema tradicional de testar han quedado en gran medida obsoletas en la actualidad. En especial resulta difícil comprender la función de la institución de la legítima, la cual no solo supone una limitación a la libertad de testar de las personas, sino que además obstaculiza el derecho a la libre disposición de sus bienes en vida.

La sociedad de 1889 era muy diferente a la actual, y es evidente que atendiendo a los nuevos modelos de familia (parejas de hecho, familias monoparentales, uniones de personas con el mismo sexo, familias divorciadas, etc...) o las nuevas estructuras de la empresa moderna que han dejado atrás a la sociedad familiar, es primordial una transformación del derecho sucesorio, con el fin de flexibilizar al máximo la libertad de testar, y con ello conseguir poder evitar situaciones injustas y carentes de fundamento.

ABSTRACT

The reasons that advocate for retaining our traditional inheritance system have become largely obsolete today. In particular, it is difficult to understand the role of the institution of the “forced heir,” (*la legítima*) which not only implies a limitation on people's freedom to create a will, but also impedes the right to the free disposal of living assets.

Our society in 1889 was very different from the present one, and it is clear that by looking at new family models (civil unions, single parent families, same sex unions, divorced families, etc.) or the new structures of modern business that have left family society behind, there is a fundamental need to transform inheritance law, in order to allow for greater flexibility and freedom when creating a will, and therefore, to be able to avoid unjust and unfounded situations.

II- TABLA DE ABREVIATURAS.

Art.: Artículo.

Cc.: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas

CCCat: Código Civil Cataluña

CDCFN: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

CDFA: Código del Derecho Foral de Aragón

CE.: Constitución Española

Cfr.: Véase o confróntese.

Comp. Bal.: Compilación del derecho civil de las Islas Baleares

Ed.: Editorial.

Ex.: Según.

Fj.: Fundamento Jurídico

LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

Ob. cit.: En la obra citada

Op. cit.: En la obra citada

Pág.: Página.

Prof.: Profesores.

Dres.: Doctores

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

Vid.: Véase.

III- INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas más controvertidos de nuestro derecho sucesorio, es el relativo a la confrontación existente entre la libertad que tiene una persona a disponer de sus propios bienes (principio de autonomía de la voluntad) y los límites impuestos por el sistema hereditario de legítimas, para aquellos casos en los que se dé la existencia de herederos forzosos.

La posibilidad de que la libertad de testar y la protección de los legitimarios conviviesen en nuestro ordenamiento jurídico, fue avalada en su día por el Tribunal Supremo cuando dijo que: *“En nuestro derecho el principio de libertad de testar no es tan absoluto que no sea compatible con la necesidad de renunciar a una porción de herencia en favor de determinadas personas que tengan derecho a ello, convirtiendo los deberes que impone los vínculos de la naturaleza o la sangre, en obligaciones civiles, no dejando su cumplimiento al arbitrio del testador de forma que pueda satisfacerlos o no”*¹.

Así pues, nuestro sistema sucesorio se ha basado en un reconocimiento “comedido” a la libertad de testar, para aquellos casos en los que el fallecido deja tras la apertura de su sucesión descendientes, ascendientes, y/o cónyuge.

En los últimos años han proliferado las voces que abogan por una mayor libertad de testar o incluso la supresión por completo de la legítima apoyándose en diverso motivos tales como los cambios en la sociedad y mas concretamente en las grandes variaciones producidas en el modelo de familia.

Por esta razón, al realizar este trabajo nos hemos propuesto dos objetivos:

a) En primer lugar hemos tratado de evidenciar la necesidad de que es urgente hacer un cambio en nuestro derecho de sucesiones, en especial lo concerniente a la institución de la legítima, que implique una verdadera y demandada adaptación a la realidad social actual.

b) En segundo lugar procurar ofrecer una respuesta objetiva, analizando el estado actual de la legítima así como sus orígenes históricos, estudiando el panorama

¹ STS de 6 de julio de 1957.

legislativo tanto en España como en otros países, comparando los argumentos en contra y a favor de la libertad de testar y valorando las principales propuestas doctrinales emitidas sobre como debería ser una hipotética nueva regulación en nuestro Código Civil. Todo ello para concluir con el firme convencimiento de que lo mas adecuado para la sociedad actual pasa por la supresión total de los límites a la libertad de testar.

IV- ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

4.1- Introducción al sistema sucesorio español.

El diccionario de la Real Academia Española de la lengua define la palabra “suceder “ en su afección jurídica como: “Recibir según la ley los bienes o títulos que alguien poseía”. Por tanto, cuando alguien fallece se abre la sucesión en sentido jurídico, lo que implica la continuación en las propiedades y relaciones jurídicas del difunto², es decir, en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tuvo en vida.

Hay por tanto dos parámetros a destacar en la composición de la sucesión que son, por un lado la sustitución de un individuo por otro y por otro, la idéntica relación jurídica que existe, tanto antes, como después de la transmisión.

La sucesión puede llevarse a cabo mediante donaciones, cesiones etc...es decir “*inter vivos*”, o tras el fallecimiento del transmisor o “*mortis causa*”. Es este tipo de sucesión la que vamos a analizar en adelante, y mas concretamente la parte que se refiere al sistema legitimario.

Por tanto la sucesión *mortis causa* esta dirigida por las normas que regulan el destino de las relaciones jurídica del difunto cuando fallece y de aquellas que surgen nuevas por esta causa.

Hay que diferenciar entre distintos tipos de sucesión. Para comenzar podemos hablar de sucesión voluntaria y de sucesión legal.

² CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 27.

a) La sucesión voluntaria es aquella en la que se establece, mediante una declaración de voluntad, tanto cuales serán las personas que participaran en el proceso sucesorio, como las condiciones en las que se llevará a cabo.

La declaración de voluntad puede ser unilateral, dando lugar al testamento, o bilateral, denominada también «sucesión contractual». Esta última está prohibida en el Derecho común con contadas excepciones³(art. 1271.2 Cc) pero está muy extendida en los Derechos Forales.

El testamento es un instrumento con determinadas formalidades, que tiene por finalidad transmitir los deseos del causante en lo relativo al reparto de su herencia. Eso si, sabiendo que su voluntad puede ser invalidada al colisionar su libertad de testar con las restricciones legales a la libertad de transmitir y adquirir *mortis causa* que impone el sistema legitimario.

b) La “sucesión legal” o “abintestato” es aquella en la que la ley regula el destino de las relaciones jurídicas del causante al no haber otorgado éste testamento alguno o en su caso contrato sucesorio. Por tanto a falta de voluntad del testador expresada mediante el testamento, será la ley la que marque las pautas de reparto y designe a los herederos⁴.

Este tipo de sucesión es compatible con la voluntaria cuando el testador no ha dispuesto en el testamento de toda la herencia⁵, y a esta situación algunos autores la denominan “Sucesión Mixta”.

³ Artículo 1271.2 del Código Civil: “...Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056...”.

Artículo 1056 del Código Civil: “...Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.— El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados...”.

⁴ Artículo 658 del Código Civil.

⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 27.

c) Afirma CÁMARA LAPUENTE⁶ la existencia de un tercer tipo de sucesión, que es la **sucesión forzosa o necesaria** que hace referencia a la institución de la legítima⁷ en contraposición con otros autores tales como RAGEL SÁNCHEZ⁸, VALLET DE GOYTISOLO⁹, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁰ que entienden como formas sucesorias admitidas solo la voluntaria y la legal¹¹, afirmando que lo que llamamos sucesión forzosa no es mas que un límite establecido por imperativo legal a la facultad de disposición que tiene el causante, en favor de los legitimarios.

En la sucesión forzosa, la ley reserva una porción de bienes de la cual el testador no puede disponer por estar reservada a ellos¹². La legítima opera tanto en la sucesión voluntaria como en la abintestato¹³ y también en algunos casos en los que resulte vulnerada mediante liberalidades intervivos y ausencia de testamento.

Y es que aún sabiendo que, *a priori*, es la voluntad del causante, la ley por la que se dirige la sucesión, en no pocas ocasiones esta se ve rectificada por la obligación de respetar las cuotas legitimarias, contratiempo este que da pie a numerosos enfrentamientos en la sociedad actual.

⁶ Junto a otros como FERNÁNDEZ HIERRO.

⁷ En “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág.40.

⁸ “Sección quinta. De las legítimas”, en BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, B., (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 5844: “A nuestro juicio, la legítima tiene una disciplina que se superpone a la de la herencia voluntaria o *ab intestato*: tiene una estructura diferente, preferente y separable de ellas.”

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en ALBADALEJO, M. (Dir.), Edersa, tomo XI, Madrid, 1982, págs. 5 y ss.

¹⁰ Comenta que: “algunos autores hablan como especie de sucesión legal la normativa de las legítimas” en DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 25.

¹¹ De acuerdo a los artículos 609.2, 608, y 1009 del Código Civil.

¹² Artículo 806 del Código Civil.

¹³ Cuando la cuota intestada no cubra lo que por legítima le correspondería al heredero forzoso.

4.2- Aproximación al concepto de legítima.

Como hemos comentado en el apartado anterior, el concepto de legítima está recogido en el art. 806 Cc, según el cual: “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. Del precepto se deriva el carácter indisponible de la legítima, es decir, de existir herederos forzosos, el testador no va a poder disponer plenamente de sus bienes, sino que deberá ajustarse a los límites que marca el Código.

Según el Tribunal Supremo las facultades dispositivas del testador están sometidas a un sistema de reglamentación negativa, “...*dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución, y confiere al legitimario (artículo 763.2 del Código Civil), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación del complemento (artículo 815 del Código Civil), la reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (sentencia de 14 de noviembre de 1986)*”¹⁴.

Se debe aclarar, como apunta la sentencia, que para realizar el cálculo de la legítima no solo se computan los bienes existentes en el patrimonio hereditario en el momento del fallecimiento, sino que además se deben añadir todas las donaciones hechas por el causante a lo largo de su vida, lo cual todavía limita más la capacidad de disposición de su propio patrimonio. Esto puede dar lugar, incluso a que en el caso de que sea insuficiente el caudal relicto para hacer frente al pago de la legítima, estas donaciones sean reducidas por inoficiosas (art. 819 Cc).

4.3- Legitimarios o herederos forzosos.

Recordado el concepto de la legítima, pasemos ahora, a enumerar quiénes son aquellos a los que la ley denomina **legitimarios o herederos forzosos**. Se puede hablar de tres grupos: En primer lugar, se deben tener en cuenta los hijos y descendientes, a

¹⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 695/2005 de 28 septiembre. RJ 2005\7154.

falta de ellos serán herederos forzosos los ascendientes (padres, abuelos, etc.) y, en todo caso, si existiera cónyuge supérstite (art. 807 Cc).

En cuanto a los hijos y descendientes, es destacable que éstos ostentan prioridad frente a la de los padres y ascendientes. Los hijos serán legitimarios independientemente de su filiación por naturaleza o adopción, incluso aunque se hubiera testado antes de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que la apertura del testamento se produzca con posterioridad a la misma¹⁵.

El legitimario de primer grado excluye el llamamiento de todos los demás descendientes por el principio de proximidad de grado del art. 915 y 921 Cc. Por tanto, si hay hijos, los nietos no serán legitimarios, aunque sí pueden recibir el tercio de la legítima de mejora (art. 808.II Cc)¹⁶. Por tanto, en línea recta el descendiente más próximo excluye al más remoto, salvo si se da el derecho de representación (art. 925.I Cc), que supondría que descendientes más lejanos serían reconocidos como legitimarios para aquellos casos en los que el descendiente más próximo no pudiera heredar por causas como la premoriencia, ser indigno o haber sido desheredado (arts. 761, 814.III y 857 Cc).

En segundo lugar, el art. 807 Cc coloca a los padres y ascendientes de forma subsidiaria como legitimarios para el caso de que no hubiera descendientes. Del mismo modo que en el caso anterior, dentro de la línea ascendiente se aplica el principio de la proximidad de grado (art. 921 Cc), por tanto los padres tienen preferencia a los abuelos y así sucesivamente, pero eso sí, en este caso, no cabe el derecho de representación (art. 925.I Cc), pues si aplicamos lo dispuesto en el art. 810 Cc, si el padre o la madre reciben la legítima los abuelos de la otra parte no son legitimarios.

En tercer lugar, de la condición de legitimario del viudo o viuda se deben señalar dos características. La primera es su carácter concurrente con cualquiera de los anteriores, tanto descendientes como ascendientes (arts. 834, 837, 838 y 840 Cc); la segunda es que la parte que le corresponde no es plena propiedad sino en usufructo (arts. 834, 838, 839 y 840 Cc).

¹⁵ Sirven de ejemplo las SSTs de 10 de febrero de 1986 (RJ 513), 26 de septiembre de 1989 (RJ 6381), 21 de abril de 1980 (RJ 2762) y la STC de 27 de abril de 2010 (RTC 2010/9).

¹⁶ Vd. STS de 28 de septiembre de 2005 (RJ/7154)

Cabe apuntar que para que nazcan los derechos del cónyuge éste no debe hallarse separado legalmente o de hecho (cfr. art. 834 Cc). Sin embargo, el sobreviviente conservará sus derechos a la legítima si se hubieran reconciliado (cfr. art. 835 Cc).

4.4- Origen y evolución histórica de la legítima.

En aras de entender cual es el origen del sistema legitimario español, es conveniente hacer un breve repaso de los distintos sistemas sucesorios que han confluído a lo largo de la historia.

En el derecho romano, podemos afirmar que existió la libertad de testar, ya que la ley solo obligaba al testador a “mencionar” a los hijos en su testamento, y con ello se evitaba los efectos de la preterición que podían hacer el testamento nulo en los casos en los que el preterido fuese un hijo varón, pero estos no tenían porque recibir nada puesto que podían ser desheredados sin justificación alguna por el padre¹⁷. Por tanto que existía una especie de legítima formal, pero en la práctica había total libertad para testar.

Ya hacia el final de la república se reserva una parte de los bienes a los hijos como reacción contra a un sistema que se empieza a considerar moralmente decadente, razón por la cual se abre la vía de la “querella inofficiosi testamenti” por medio de la cual se podía atacar al testamento que desheredaba a los hijos sin una causa que pareciese lo suficientemente justificada, tachándolo de injusto, por ir en contra de “officium del afecto familiar”¹⁸.

La porción de los bienes de la que el testador no podía privar a sus descendientes se llama “portio legitima” y correspondía a una cuarta parte de lo que les hubiese correspondido como herederos ab intestato.

Justiniano, introdujo algunos cambios, que modificarían la “legítima”. Entre ellos, uno de los más destacados fue incrementar la cuota a un tercio de la porción intestada, para los casos en los que los herederos forzosos no pasaban de cuatro, y se incrementaría a la mitad, si los herederos eran más. También se redujo la porción que se

¹⁷ ALVARO DZORS “Derecho privado romano” pág.252 y 264.

¹⁸<http://www.derechoromano.es/2012/09/sucesion-necesaria-querella-inofficiosi-testamenti.html>
Derecho Privado Romano - Antonio Ortega Carrillo de Albornoz.

le dejaba al patrono, que paso de ser la mitad de la herencia, a solo un tercio de ella. Suprimió también el sistema formal de pretericiones, estableciendo que los descendientes y ascendientes que tuvieran derecho a la sucesión intestada no podían quedar excluidos.

Si el heredero, sin que existiera una causa justa para ello, hubiera sido privado de la “legítima”, podía impugnar el testamento con la “querella inofficiosi testamenti”; pero si una habiendo heredado, hubiera recibido menos de lo que le correspondía, podría utilizar la figura “Actio as supplendam legitimum”¹⁹.

Pero realmente el actual concepto de legítima y mejora de nuestro ordenamiento jurídico llega al Código Civil de la mano del régimen castellano. Pasamos por tanto de una libertad de testar bastante amplia con los romanos a unas restricciones mucho mas rígidas impuestas por el derecho germánico²⁰. La consideración de los descendientes como herederos forzosos aparece en el *Liber Iudiciorum* visigótico, el cual señaló por primera vez que los bienes de los ascendientes pertenecían por natura a los hijos o descendientes.

El Fuero de juzgo, las Partidas, el Fuero Real y las Leyes de Estilo ya la regulaban, pero fueron las Leyes de Toro las que entraron en más detalle al respecto de esta institución, añadiendo como herederos forzosos a los ascendientes, para los casos en los que no existieran hijos o nietos con derecho a heredar.²¹

Pese a ello, la libertad de testar es apoyada por la gran influencia de la Iglesia y la burguesía. Tanto es así que en algunos fueros tales como Navarra y tierra de Ayala, se introduce por costumbre primero, y después por ley, la libre disposición de todo el patrimonio²².

¹⁹ <http://www.monografias.com/trabajos96/derecho-romano-ii-sucesiones-testamento/derecho-romano-ii-sucesiones-testamento.shtml#ixzz4ikLIr43E>

²⁰ Así la ley Dum inlicita de Chindasvindo estableció cuatro quintos de la herencia como legítima de los hijos de los cuales un décimo es de mejora.

²¹ DE PABLO CONTRERAS en: “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 27.

²² LACRUZ BERDEJO, Derecho de Sucesiones II, 1973, pág. 13 y 14.

Según MAGARIÑOS BLANCO²³ el debate del régimen sucesorio aplicable llega a nuestro país a finales del siglo XIX con motivo de la promulgación del actual Código Civil. Debate sometido a la tensión entre los partidarios a favor de la libertad de testar²⁴ y los defensores de un sistema de legítimas, unido a su vez a que en España coexistiera un sistema legitimario muy estricto (proveniente del derecho de Castilla) con la amplia libertad de testar de los territorios forales. Los enfrentamientos entre los defensores de mantener los sistemas forales y los partidarios de la conveniencia de un único sistema con el Código Civil, quedaron zanjados con la conservación de estos.

4.5- Naturaleza jurídica de la legítima²⁵.

La doctrina, al analizar la naturaleza jurídica de la legítima, discrepa, esencialmente, entorno a dos cuestiones: en primer lugar, existen dudas sobre si el legitimario es o no heredero (dado que son varios los preceptos del Código que hablan de “heredero forzoso”, p.ej. art. 763 Cc); y, en segundo, se estudia si la legítima se configura como un derecho de crédito a favor del llamado o si lo que tiene es un derecho sobre una porción de bienes, dado que el art. 806 Cc define a la legítima como “la *porción de bienes* de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto *herederos forzosos*”.

²³ VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, Análisis de la libertad de testar, en revista digital “www.JoaquinCosta.com”, Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa, 14 octubre de 2009.

²⁴ Tales como JOAQUÍN COSTA, DURAN Y BAS, GINER DE LOS RÍOS, SÁNCHEZ ROMÁN Y AZCÁRATE.

²⁵ Sobre la naturaleza jurídica: DE PABLO CONTRERAS, P. “Los herederos forzosos y su posición jurídica ” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, págs. 274 a 281; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “Título I. La sucesión forzosa”, en La sucesión forzosa, Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 24 a 33; TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima en el Código Civil (I)”, en TORRES GARCÍA, T.F. (Coordinadora), Tratado de legítimas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 23 a 28; POLO AREVALO, E.V. “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad” en Revista Internacional de Derecho Romano (Abril 2013); IRURZUN GOICOA, D. “¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)” (2015) en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 751, págs. 2515 a 2537; “Legítima”, http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjQ1NTtBLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASrZHNTUAAAA=WKE.

Como se puede apreciar, el art. 806 del Código Civil²⁶ dificulta el análisis de la legítima, puesto que si se realiza una interpretación puramente literal del mismo se podría entender que el legitimario es heredero y que, por tanto, la legítima se configura como una *pars hereditatis*, lo que supone que el llamado tiene derecho a una parte alícuota de la herencia.

Por tanto, según esta primera teoría, el legitimario es siempre heredero. Por esa razón es rechazada por gran parte de la doctrina, ya que de una interpretación integradora de todo el cuerpo normativo se concluye que no necesariamente debe ser heredero el legitimario²⁷. Dicha afirmación se extrae de la lectura del art. 815 Cc, según el cual, la cuota legitimaria puede ser satisfecha a través de “cualquier título”. Con lo cual, no es necesario instituir al llamado como heredero para cumplir con la legítima, sino que también puede satisfacerse a través de un legado, donación en vida, pago en metálico²⁸, etc.

Además, carece de sentido añadir el calificativo *forzoso*, dado que el legitimario puede renunciar a su legítima, eso sí, una vez abierta la sucesión.

En una segunda teoría, la legítima podría configurarse como *pars valoris*, es decir, como un mero derecho de crédito. Para esta teoría el legitimario aparecería como

²⁶ Resulta interesante la apreciación que realiza O'CALLAGHAN, X, en “Compendio de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones”, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012, Lección 12, de este precepto, según el mismo: “El artículo 806 define la legítima como *la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos. llamados por esto herederos forzosos*. Definición que da una vaga idea de su verdadero concepto, pero que está plagada de errores: no siempre es una *porción de bienes*, pues puede ser un valor dinerario; al decir que *el testador no puede disponer*, parece olvidar que no sólo no puede disponer en testamento, sino tampoco, dentro de ciertos límites, en acto *inter vivos* a título gratuito; además de que la indisponibilidad no es absoluta, pues en la parte de legítima llamada mejora, el testador puede disponer entre determinados legitimarios; la expresión *haberla reservado* se corresponde más a la reserva germánica que a la legítima romana; por último, la denominación de los legitimarios como *herederos, llamados por esto herederos forzosos*, es errónea, pues el legitimario no es heredero como tal legitimario, aunque pueden coincidir ambos caracteres si se nombra heredero a uno o a todos los legitimarios, sino que puede recibir su legítima como legado o donación”.

²⁷ Entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 47.

²⁸ Corrobora que es posible el pago en metálico, y permite una mayor integración normativa, el artículo 841 Cc, que dice: “El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios”.

un acreedor frente a la herencia. Como se comentará más adelante, esta manera de configurar la legítima se considera más cercana a la libertad de testar, y ha sido acogida por algunos países del entorno (p.ej. Alemania) e incluso por algunos derechos forales, como por ejemplo, el catalán y el gallego.

Una tercera forma de configurar la legítima es como *pars valoris bonorum*. Según esta teoría el legitimario es titular de parte del valor económico de los bienes de la herencia quedando los bienes hereditarios afectos al pago, de tal manera que se configura como un derecho real de realización de valor. TORRES GARCÍA, y DOMÍNGUEZ LUELMO²⁹, consideran que la legítima aparece como *pars valoris bonorum* en aquellos supuestos en que el Código permite abonar la legítima, incluso con dinero extrahereditario, es decir se configuraría como tal para los perceptores del metálico. Dichos autores hacen referencia a los siguientes preceptos: 821, 829, 841, 842 y 844 Cc.

Por último, la teoría más aceptada por la doctrina es la que entiende la legítima como *pars bonorum*, que supone una renovación de la teoría tradicional (*pars hereditaris*), ya que puntualiza las dos cuestiones conflictivas: en primer lugar, para esta teoría el legitimario sólo será heredero si lo instituye el testador, mientras tanto no se identifica legitimario con heredero; y, en segundo lugar, aunque el legitimario tiene derecho a recibir su cuota en bienes de la herencia, ésta podrá satisfacerse a través de cualquier título. Sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico.

4.6- La protección de la legítima.

4.6.1 La indisponibilidad de la legítima.

Según DE PABLO CONTRERAS: “*El derecho a la legítima futura está fuera del comercio de los hombres*”³⁰; y es que no deja lugar a dudas la redacción del artículo 816

²⁹ TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima en el Código Civil (I)”, en TORRES GARCÍA, T.F. (Coordinadora), Tratado de legítimas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 23 a 28.

³⁰ DE PABLO CONTRERAS, P., “Los herederos forzosos y su posición jurídica” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 286.

del Cc.³¹ cuando afirma que cualquier renuncia o acuerdo entre el futuro causante y su heredero forzoso es nulo de pleno derecho, lo cual implica que si en su día un legitimario renunció a su derecho como tal, una vez que se abra la sucesión podrá reclamarlo; eso si, deberá traer a colación para realizar el cálculo de su parte, todo lo que hubiera recibido del causante en vida, por causa de esa renuncia³².

4.6.2 La intangibilidad cualitativa de la legítima.

La STS de 17 de marzo de 1995 nos instruye en como deben los legitimados recibir los bienes que les corresponde de la herencia. Advierte el tribunal que de ser en las mismas condiciones que le pertenecían al causante, por tanto, los bienes que componen la cuarta legitimaria no pueden estar gravados ni condicionados en el testamento mas allá de lo que estuvieren en vida³³; o en caso de que lo estuvieran, estas restricciones serían ineficaces y se tendrían por no puestas.

Solo existe una excepción a esta regla tanto para el usufructo viudal³⁴, cuanto para las sustituciones fideicomisarias en beneficio de un hijo o de otro descendiente judicialmente incapacitado.

4.6.3 La intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Una vez que haya quedado establecida la cuota legitimaria, es necesario constatar que haya bienes en la herencia suficientes para cubrirla. Hay ocasiones en las que debido a las disposiciones testamentarias o las donaciones que hizo en vida el causante, no se puede satisfacer el derecho de los legitimarios.

³¹ Según el mismo: “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción”.

³² Y es que todo lo que fue objeto de un acto nulo, nunca se llegó a producir y por tanto nunca llegó a salir del patrimonio del causante, por lo que sigue formando parte de su herencia (art. 818 y 1035 Cc).

³³ Artículo 813 del Código Civil.

³⁴ El viudo, aunque es denominado “heredero forzoso” por el art. 807.3 C.c, no es propiamente tal.

Para ello nuestro ordenamiento jurídico da una serie de soluciones que protegen la intangibilidad cuantitativa de la legítima³⁵, con el fin de conseguir la garantía de que cada legitimario reciba todo lo que la ley le otorga.

Para ello se faculta a aquel heredero forzoso que no haya visto satisfecha su cuota en todo o en parte, para exigir la imputación de las donaciones que perjudican la cuantía de su legítima, con el objeto de su correspondiente reducción³⁶ y con ello atender en su totalidad su derecho.

Resulta llamativo que el Código regula con exhaustividad la reducción en lo concerniente a legados y donaciones de carácter inoficioso, pero no contempla la opción de reducir la cuota que corresponde en la partición a los herederos voluntarios, cuestión que según DE PABLO CONTRERAS³⁷ indica que las disposiciones de institución de herederos quedarían a salvo de estas reducciones. Por contrario, otra parte de la doctrina opina que cuando la institución de heredero dañe la legítima, cabe deducirla, atendiendo al artículo 817 Cc., y por tanto que también se podrá instar la reducción de la disposición testamentaria que nombre a ese heredero como tal.

Algunos autores entienden que la intangibilidad cuantitativa de la legítima se vulnera mediante la “cautela socinii”. Se trata de una cláusula, que el testador puede incluir en su testamento con la cual pretende gravar su herencia con un usufructo viudal superior al que le permiten las normas sucesorias a causa de la legítima presionando a los legitimados para que acepten expresamente esta carga a cambio de adjudicarles una mayor cantidad de bienes hereditarios de los que estrictamente les correspondería por legítima.

³⁵ Artículo 815 del C.c.

³⁶ Artículo 817 del C.c.: *“Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”*.

³⁷ Así lo defiende en su participación en, “Legítimas y mejora: su satisfacción en la sucesión testada” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016,.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia³⁸ entienden que no atenta contra la ley, ya que no obliga al legitimario, puesto que se trata de una alternativa para él, que siempre puede rehusar recibiendo su cuota legitimaria estrictamente (art. 820.3 Cc.)³⁹

V- DIFERENTES SISTEMA LEGITIMARIOS.

5.1- Reparto de la legítima en el derecho común.

Una vez analizado el concepto, vamos ahora a comentar qué cuantía le corresponde a cada uno de los herederos forzosos, siempre y cuando resulte aplicable el sistema común.

Como ya se ha dicho, serán legitimarios o herederos forzosos en primer lugar los hijos y descendientes, si los hubiere. Éstos recibirán la legítima o legítima larga que consiste en dos tercios de la herencia. Uno de estos tercios corresponde a la legítima estricta o corta que se repartirá por partes iguales entre todos los hijos (o descendientes). El otro tercio se denomina mejora y permite al testador beneficiar a uno o varios de sus descendientes, no siendo en este caso necesario que estos sean los más cercanos, es decir puede el testador adjudicar el tercio de mejora a un nieto, aún habiendo un hijo como descendiente más inmediato.

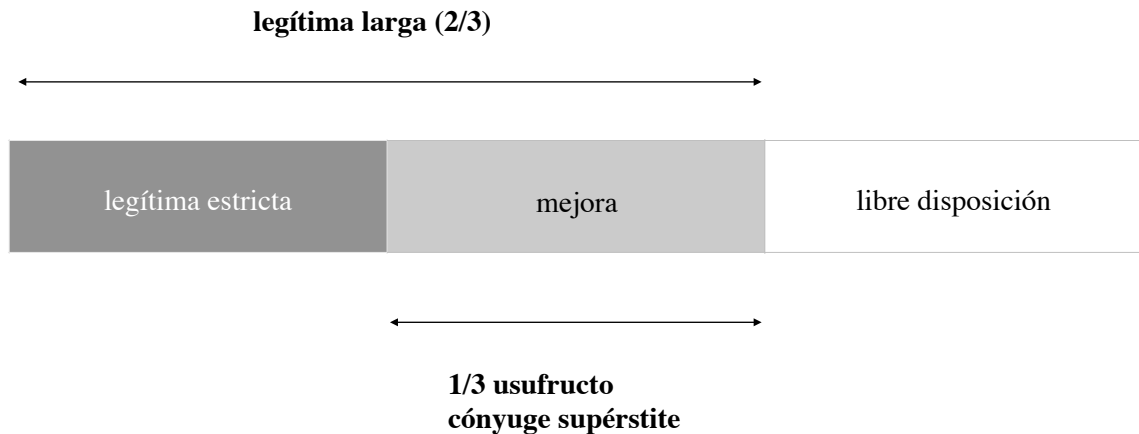
El tercio restante puede ser adjudicado por el testador en favor de quien o quiénes él elija, no siendo necesario que estos sean parientes. Es por ello que a esta parte se la denomina de libre disposición.

Además, si junto con los descendientes concurre el cónyuge supérstite, a éste le correspondería el usufructo del tercio de mejora.

³⁸ STS de 27 de mayo de 2010.

³⁹ Art. 820.3 Cc. “Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”

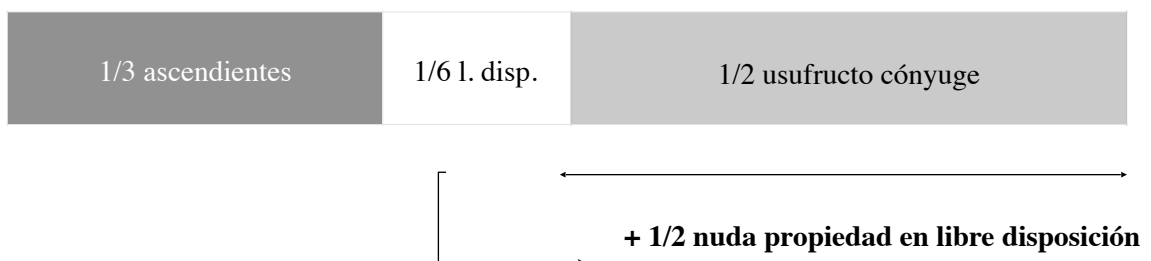
Legítima de los descendientes⁴⁰



En defecto de los hijos o descendientes, como ya se ha dicho anteriormente, pasarán a ser herederos forzosos los padres y ascendientes. En este caso para conocer la distribución de la legítima hay que diferenciar entre si hay concurrencia con cónyuge supérstite o no:

En el caso de que concurren ambos, corresponderá un tercio de la herencia a los ascendientes, la mitad de la misma en usufructo al cónyuge supérstite y la nuda propiedad más el sexto restante en libre disposición que el testador podrá adjudicar a quien desee.

Legítima de los ascendientes si concurren con el cónyuge supérstite



⁴⁰ Esta gráfica y las posteriores pertenecen al manual CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, pág. 49.

En caso de que no exista cónyuge supérstite el reparto es más sencillo, puesto que corresponde la mitad de la herencia como legítima a los ascendientes y la otra mitad es de libre disposición.

Legítima de los ascendientes si no concurren con el cónyuge supérstite

1/2 legítima ascendientes	1/2 libre disposición
---------------------------	-----------------------

Por último, se debe hablar del caso en que concorra sólo el cónyuge viudo, es decir que no existan ni descendientes ni ascendientes del testador. En este caso, corresponde a éste el usufructo de dos terceras partes del haber hereditario, quedando el resto, es decir tanto la nuda propiedad de estos dos tercios como el tercio restante en libre disposición.

Legítima del cónyuge supérstite cuando concurre solo

2/3 usufructo cónyuge	1/3 libre disposición
-----------------------	-----------------------

+ 2/3 nuda propiedad en libre
disposición

5.2- La legítima en los territorios forales.

Como sabemos, en España conviven siete sistemas sucesorios diferentes. Junto al Código civil encontramos las normas civiles propias de las Comunidades

Autónomas⁴¹ que por mandato constitucional⁴² han podido conservar, modificar y desarrollar su propio derecho civil, aplicándose solo supletoriamente el derecho común en los caso en los que existan lagunas jurídica.

En este apartado vamos a explicar cuál es el panorama legislativo en los diferentes derechos forales respecto de las legítimas⁴³.

5.2.1. Legítima de los descendientes.

En el caso de **Galicia** se encuentra consagrada una cuota fija para los hijos o descendientes que se repartirá de forma igualitaria entre los mismos. Respecto de la cuantía, según el art. 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, a los hijos o descendientes les corresponderá la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido. Por ello el art. 249 indica que el legitimario es titular de un derecho de crédito y no de una acción real para reclamar la legítima, es decir, está considerado como un acreedor.

En **Cataluña** se encuentra consagrado el mismo sistema, es decir, allí también se les reconoce a los hijos o descendientes una sola cuota fija de la herencia, a diferencia de lo que ocurre en el régimen común donde, como se ha explicado, la legítima de los hijos o descendientes es más amplia (2/3), aunque se permite una distribución diferente entre los legitimarios del tercio de mejora.

Al igual que en Galicia, a los descendientes les corresponderá una cuota igualitaria (art. 451-3 Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en adelante CCCat), siendo la cuantía también la

⁴¹ Galicia, Cataluña, Islas Baleares, País Vasco, Aragón , Navarra.

⁴² Artículo 149.1.8ª de la CE.

⁴³ Este análisis comparativo de las distintas legislaciones autonómicas se encuentra, entre otros: CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, págs. 52-55; MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar”, en Revista de Derecho Privado, núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005, págs. 83-94; LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O, “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en MONJE BALMASEDA, O (Coordinador), El patrimonio sucesorio. Volumen 1, reflexiones para un debate reformista, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 702 y ss.; POLO AREVALO, E.V. “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad” en Revista Internacional de Derecho Romano (Abril 2013).

misma, es decir 1/4 del valor líquido (Art. 451-5 CCCat). Además, en Cataluña también se configura la legítima como un derecho de crédito.

En **Baleares**, al igual que en las dos CCAA anteriores, les corresponde solo una cuota fija de la herencia. Sin embargo, existe variación respecto de la cuantía que les corresponde que dependerá del número de hijos o descendientes.

En concreto, este régimen se encuentra recogido en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (en adelante, Comp. Bal.). Según su art. 42.I les corresponderá 1/3 si fueren cuatro o menos, incrementándose a la mitad si excedieran de este número.

Por último, cabe añadir que existen diferencias dentro de las propias islas, en Mallorca y Menorca la legítima se debe abonar con los bienes de la herencia (este sistema se denomina *pars bonorum*), mientras que en Ibiza y Formentera la legítima es un derecho de crédito, al igual que ocurre en Galicia y Cataluña, este otro sistema se denomina *pars valoris*. En este último, el legitimario tiene un derecho de crédito que alcanza a la cuantía que le corresponda de legítima y podrá abonarse con dinero extraherencial, no teniendo que formar parte el legitimario de la comunidad hereditaria.

El régimen aplicable en el **País Vasco** ha sufrido una reciente reforma, en concreto la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV)⁴⁴, que entró en vigor el 3 de octubre de 2015, supuso la instauración de un sistema común para todos los ciudadanos vascos, dado que la ley anterior (Ley 3/1992, de 1 de julio), del Derecho Civil Foral del País Vasco recogía regímenes distintos para cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma. Como consecuencia de dicha legislación anterior se daban hasta cinco estatutos diferentes en este pequeño territorio: el del Código Civil, el propio de cada uno de los tres territorios (alavés, vizcaíno y guipuzcoano) y por último el aplicable a los vizcaínos no infanzones.

Por lo tanto, la nueva norma pone fin a ese sistema de múltiples legislaciones para establecer un régimen uniforme que es aplicable a todo el territorio de la

⁴⁴ Vd. GALICIA AIZPURUA, G. “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco” (2016), en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2016 parte Tribuna.

Comunidad Autónoma (art. 8 LDCV), evidentemente sólo a las personas que tengan reconocida la vecindad civil vasca.

Eso sí, la unificación no ha sido total, pues la nueva norma conserva dos regímenes especiales: en primer lugar, la absoluta libertad de testar para los vecinos del Fuero de Ayala, libertad de disposición mortis causa que ya venían gozando desde 1373. Según el nuevo art. 89 los vecinos del fuero pueden “disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho” (art. 89), por tanto, en este territorio es posible apartar a todos los legitimarios y no dejarles nada; en segundo lugar, se mantiene la troncalidad vizcaína, que supone la limitación del poder de disposición sobre los bienes que se consideran troncales (que son aquellos que el causante adquirió: de un ascendiente común a él y al legítimo o de un colateral si éste lo adquirió, a su vez, de un ascendiente común).

Entrando ya en las novedades referentes a la legítima de los hijos o descendientes: en primer lugar, la cuantía que le corresponde a los legitimarios ha sido reducida de manera notoria, anteriormente les correspondían $\frac{4}{5}$ a los hijos o descendientes del Fuero de Bizkaia y $\frac{2}{3}$ a los de Guipúzcoa (al que prácticamente le era de aplicación el Cc con algunas particularidades), mientras que ahora les corresponde sólo $\frac{1}{3}$.

Cabe añadir que en la LDCV se ha establecido un régimen de legítima colectiva y no individual, lo cual quiere decir que el causante puede distribuir la legítima entre los hijos y descendientes con plena libertad, es decir puede hacer un reparto igualitario entre todos los hijos o descendientes o desigual, incluso dejarle la legítima a solo uno de ellos.

Además, el causante puede cumplir este deber que supone la legítima con cualquier descendiente, no siendo necesario que sea un hijo, pues según el art. 51.1: “El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquéllos”. Ahora bien, si algún descendiente cae en situación de indigencia como consecuencia de su exclusión, podrá dirigirse contra los favorecidos para obtener alimentos, dado que los mismos se consideran gastos que deberán abonarse con el caudal relicto (art.21.1.a).

En resumen, dentro del País Vasco a los hijos o descendientes les corresponderá como legítima 1/3 del haber hereditario, pero esta legítima se considera colectiva, de tal forma que puede cumplirse respecto de cualquier descendiente y de forma desigual, salvo en el caso del Fuero de Ayala donde es posible disponer de todo el patrimonio sucesorio.

La legítima en **Aragón** se encuentra regulada en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA).

De esta norma se puede extraer que en Aragón, al igual que ocurre en casi todo el territorio español, el testador no puede disponer por completo de sus bienes. Ahora bien, sí que se establece la legítima colectiva (art. 486 CDFA), que como se comentaba, es más flexible que la individual, puesto que el causante podrá distribuir sus bienes entre los descendientes (de cualquier grado) de forma igual o desigual o incluso dejando toda la legítima a sólo uno de ellos sin que los demás puedan reclamar nada (art. 512 CDFA).

Al igual que se establece en la nueva regulación del País Vasco, en Aragón se prevé el derecho de alimentos para los legitimarios de grado preferente excluidos, siempre que “estén en situación legal de pedir alimentos”. Por tanto, en caso de necesidad el descendiente excluido podrá reclamar lo que le corresponda a los sucesores favorecidos.

En cuanto a la cuantía, a dichos descendientes les corresponde en concepto de legítima la mitad del caudal (art. 486 CDFA).

El séptimo y último régimen vigente en España es el de **Navarra**. La legislación navarra, junto con la del Fuero de Ayala, es de las más liberales de todo el ordenamiento jurídico, puesto que permite excluir a los legitimarios (art. 267 Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en adelante, CDCFN).

Según el artículo 267: “Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”.

Ahora bien, sí se mantiene la denominada legítima formal o formularia, que obliga al causante a mencionar a los excluidos en el testamento, de lo contrario actuará el mecanismo preterición (Art. 271 CDCFN). Solo existe una limitación a la libertad de testar en Navarra, la cual afecta a los hijos de un matrimonio anterior, los mismos no podrán recibir menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio (Art. 272 CDCFN).

Los siete ordenamientos mencionados son los vigentes actualmente, pero antes de pasar a analizar la legítima de los ascendientes en los derechos forales, cabe hacer mención a la situación de **Valencia**, donde a pesar de no existir legislación específica, se redactó un Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana en el año 2009⁴⁵ al que cabe hacer una mínima mención de carácter didáctico⁴⁶.

Dicho Anteproyecto seguía la misma línea que el resto de CCAA, es decir la de flexibilizar el sistema común recogido en el Código, recogiendo plena libertad de testar respecto del patrimonio empresarial (Art.112 del Anteproyecto), mientras que sí establecía una serie de limitaciones de disposición respecto del resto de bienes del causante. Sobre el resto del patrimonio establecía la legítima a favor de los mismas personas que establece el Código, esto es: hijos y descendientes, ascendientes de forma subsidiaria y cónyuge viudo, si concurriera.

Además, la legítima se configuraba como un derecho de crédito, al igual que ocurre en Galicia y Cataluña, lo cual significa que no se le atribuye al legitimario por el hecho de serlo la condición de heredero (Art. 107 del Anteproyecto).

5.2.2. Legítima de los ascendientes.

A diferencia de lo que ocurre en la regulación del Código Civil, ningún derecho foral reconoce la legítima a todo tipo de ascendientes, a falta de descendientes, sino que se dan dos regímenes, uno más flexible que el otro. El primero por el que han optado algunas comunidades, el más restrictivo de los dos, consiste en reconocer legítima a los ascendientes, a falta de descendientes, pero sólo a los padres, es decir, a falta de estos no

⁴⁵ Dicho Anteproyecto se puede consultar en <http://www.notariosyregistradores.com/PROYECTOS/proyectos%20concretos/Valencia-sucesiones.pdf>

⁴⁶ Ya que si llegase a aprobarse en algún momento, sería sin duda inconstitucional, como ha declarado el TC en relación con la Ley valenciana 10/2007 (sobre régimen económico matrimonial).

tendrán derecho a legítima, de forma subsidiaria, los ascendientes más remotos (como sí ocurre en el Código); el segundo, el más flexible, directamente supone la exclusión de la legítima a favor de los ascendientes, ni siquiera de los padres.

1.- Han optado por acoger el primer sistema las siguientes Comunidades Autónomas:

- **Cataluña**, en donde los progenitores tienen derecho a 1/4 del haber hereditario en concepto de legítima (art. 451-5 CCCat);

- **Islas Baleares**, aquí existen diferencias de cuotas dependiendo del territorio, puesto que en Ibiza y Formentera corresponden las mismas que indica el art. 809 Cc (cfr. art. 79 Comp. Bal.), es decir, la mitad del haber hereditario, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será 1/3. Sin embargo, en Mallorca y Menorca la cuota se reduce enormemente, correspondiendo a los padres sólo 1/4 (vd. arts. 41 y 43 Comp. Bal.);

- Dentro de este grupo, cabe hacer mención al **Anteproyecto de Ley de Sucesiones de Valencia de 2009**, según el mismo solo tendrían derecho a legítima los padres (art.124.4 del Anteproyecto). Llama especialmente la atención la cuota que les correspondería, puesto que según el art. 133 (“Legítima de los progenitores”) dicha legítima consistiría “en el derecho a recibir alimentos a cargo de la herencia de su hijo premuerto, en caso de necesidad, con arreglo a la cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquéllos referidas a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. Con lo cual, el Anteproyecto propone hacer legitimarios sólo a los padres y únicamente en caso de necesidad.

2.- El segundo grupo de regulaciones no consideran legitimarios a ningún tipo de ascendiente, ni siquiera a los progenitores. Dentro de este sistema se encuentran:

- **País Vasco**, la exclusión de los ascendientes del grupo de legitimarios es una de las novedades que introduce la LDCV de 2015. Como se ha comentado, el objetivo de esta norma es unificar todas las regulaciones que se encontraban vigentes dentro de

este pequeño territorio. De hecho, anteriormente en el Fuero de Bizcaia⁴⁷ eran legitimarios, a falta de descendientes, cualquier ascendiente (no sólo los progenitores) con una cuota de 1/2 (cfr. arts. 53 y 56 Ley 3/2992, ya derogada) y en Guipúzcoa se aplicaba lo recogido en el Cc, con lo cual, al igual que en Bizcaia eran legitimarios, a falta de descendientes, los progenitores, y a falta de estos, cualquier ascendiente. Sin embargo, ya en el Fuero de Ayala se encontraban excluidos los ascendientes como legitimarios.

En la actualidad, como consecuencia de la reforma, se están excluidos como legitimarios todos los ascendientes. Si bien, en Bizcaia, al igual que ocurre con la legítima de los descendientes, se mantiene la misma a favor de los ascendientes si el bien es troncal (Art. 47 LDCV).

- En **Aragón** tampoco son legitimarios los ascendientes, así lo indica el art. 486.1 CDFA, según el cual los únicos legitimarios del causante son los descendientes.

- En **Navarra**, tampoco tienen derecho a legítima los ascendientes, art. 268 CDCFN.

- Tampoco recoge como legitimarios la **legislación gallega**, la cual fue reformada en el año 2006, y como se puede apreciar sigue la tendencia del resto de comunidades autónomas de eliminar o reducir la cuota que le corresponden a los ascendientes. Dicha exclusión se aprecia con la lectura del art. 238 de la Ley 2/2006.

5.2.3. Legítima del cónyuge supérstite y de la pareja de hecho.

A) Legítima del cónyuge supérstite.

En primer lugar, se va a hablar de la condición del cónyuge como legitimario, dado que todos los derechos forales le reconocen al viudo una cuota de la herencia. De hecho, salvo en Cataluña, en el resto de comunidades ocurre igual que en Cc, es decir se les reconoce una porción en usufructo, mientras que en Cataluña es en propiedad. Pero vamos a profundizar un poco más, estas legislaciones se pueden dividir en dos grupos: aquellas en donde la cuota del cónyuge supérstite varía por concurrir con descendientes

⁴⁷ Dicho Fuero se encontraba regulado por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (Vigente hasta el 3 de octubre de 2015, momento en que entra en vigor la Ley 5/2015 que viene a unificar esa pluralidad de sistemas).

o con ascendientes; y aquellas otras en las que es independiente el hecho de concurrir con otros legitimarios.

i) Dentro del primer grupo se encuentran las siguientes normativas:

- La **gallega**, dado que si el cónyuge viudo concurre con descendientes le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de 1/4 del haber hereditario, mientras que si está solo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital (arts. 253 y 254 Ley 2/2006). Como se ha comentado, en Galicia los ascendientes no tienen derecho a legítima, con lo cual no afecta en nada su concurrencia.

Los siguientes artículos se ocupan de fijar el modo en que podrá satisfacerse la cuota de este legitimario, según los mismos el causante puede satisfacer la cuota atribuyendo al viudo por cualquier título (en usufructo o propiedad) bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión (Art. 255). De hecho, según el art. 256, los herederos podrán acordar con el viudo el pago de su cuota con cualquiera de esos bienes o derechos, siempre y cuando no lo hubiera prohibido el causante.

- La del **País Vasco**, según el art. 52 LDCV, al cónyuge viudo le corresponde el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes. Mientras que si no concurre con descendientes tendrá derecho a 2/3 en usufructo. Además, se prevé la posibilidad de ampliar este usufructo a todo el caudal hereditario (usufructo universal de sus bienes, art. 57 LDCV), a pesar de que esto suponga gravar las legítimas de los descendientes. Asimismo, se le reconoce al cónyuge viudo derecho de habitación en la vivienda conyugal, mientras se mantenga en estado de viudedad (Art. 54 LDCV). Como ya se comentó, en el Fuero de Ayala se mantiene la libertad de testar (art. 89 LDCV), con lo cual, es posible apartar al cónyuge de su legítima en dicho territorio.

- Por último, dentro de este grupo se incluye la legislación de las **Islas Baleares**. Como ya se ha explicado, en Baleares la regulación es distinta dependiendo del territorio:

- En Mallorca y Menorca al cónyuge le corresponde 1/2 del haber hereditario si concurre con descendientes, 2/3 si concurre con los padres y el usufructo universal si no concurre con ninguno de ellos (art. 45 Comp. Bal.).
- Sin embargo, en Ibiza y Formentera no se recoge al cónyuge viudo como legitimario (cfr. 79 y ss. Comp. Bal.), sino que sólo se habla de la cuota que deberá recibir en sede de sucesión abintestato. Así lo indica el art. 84 Comp. Bal. que regula la sucesión intestada, según el cual, en caso de darse este tipo de sucesión el cónyuge viudo adquirirá el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y 2/3 de la herencia en concurrencia con ascendientes. Sin embargo, la Compilación no hace referencia a qué ocurriría en caso de que el cónyuge no concurriera con ninguno de esos familiares⁴⁸.

ii) Como se anunciaba, existe un segundo grupo de normativas a las que le es indiferente la concurrencia del cónyuge con otros legitimarios para fijar su cuantía. Es el caso de:

- **Navarra**, en este territorio a diferencia de lo que ocurre con los descendientes, cuya legítima no tiene contenido patrimonial (legítima formal), al cónyuge viudo sí le corresponde una cuota obligatoria. Según el art. 253 CDCFN, tiene derecho al usufructo universal de fidelidad (“sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento”). Debido a su enorme contenido material, se prevé la extinción del mismo, entre otras causas, por contraer el usufructuario nuevas nupcias, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto (Art. 261). En resumen, el usufructo viudal constituye en el Derecho navarro una de las pocas limitaciones a la libertad de disponer⁴⁹.

- **Aragón**, donde también el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo universal, derecho que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho navarro, nace desde la celebración del matrimonio, así lo indica los arts. 192 y 271 CDFA. Durante el

⁴⁸ Vd. STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 4/2012 de 24 octubre (RJ \2012\11175), que habla de un supuesto de sucesión abintestato en Ibiza en donde el cónyuge no concurría ni con ascendientes ni con descendientes, sino con colaterales.

⁴⁹ Vd. TORRES LANA, J.A., “El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa” (2004) en Revista jurídica de Navarra, nº37, págs. 11-44.

matrimonio ese derecho de viudedad se manifiesta como un derecho expectante. Al igual que en el derecho navarro el usufructo se extinguirá, entre otras causas, por contraer matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario (Art. 301.1 CDFA).

- **Cataluña**, aquí el régimen es diferente al de todas las demás comunidades, puesto que el derecho catalán le atribuye al viudo un máximo de 1/4 del haber hereditario en propiedad y no en usufructo, y sólo para los casos de necesidad, es decir es necesario que se pruebe la insuficiencia económica, sino al viudo no le corresponderá ninguna cuota legitimaria. Con lo cual, en Cataluña la legítima del cónyuge viudo se configura como una especie de derecho de alimentos que no tiene fijada una cuota, sino que sólo se establece el máximo al que puede alcanzar (1/4) para paliar esas necesidades económicas (vd. arts. 452-1 a 452-6 CCCat).

- **Valencia**, hace una propuesta en el Anteproyecto de ley de sucesiones. El art. 136 de dicho Anteproyecto, al igual que en Cataluña, establece que al cónyuge viudo le corresponderá un valor “máximo” equivalente al de un tercio del valor del patrimonio relictos. En este caso no se habla de necesidad, sino que el fin de la legítima es mantener al cónyuge viudo en un “nivel de vida equivalente al que tuvo durante su matrimonio con el causante”. Con lo cual, se fija un máximo para que el cónyuge pueda seguir manteniendo su nivel de vida.

B) ¿Tiene derecho a legítima la pareja de hecho?.

En segundo lugar, analizado el régimen de legítimas del cónyuge supérstite en todo el panorama nacional, conviene preguntarse si tienen los mismos derechos las parejas de hecho. Lo cierto es que varias comunidades autónomas han pretendido equiparar al cónyuge con la pareja conveniente a efectos de la legítima. Dentro de ese grupo de derechos civiles se encuentran: Galicia (DA 3ª Ley 2/2006), País Vasco (art. 52 LDCV), Islas Baleares (art. 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), Navarra (hasta la STC 93/2013, que se pasará a comentar) y Cataluña (Art. 452-1 CCCat.).

En Aragón no llega a equipararse al cónyuge supérstite, puesto que no se le reconoce la condición de legitimario, sin embargo sí tiene una serie de derechos, según

el art. 311 CDFA, en caso de que fallezca uno de los convenientes, el supérstite tiene derecho “al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar”. Además, podrá residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.

Con lo cual, los únicos regímenes que no equiparan a la pareja conviviente son el del Código Civil y el aragonés.

Siendo el estado de la cuestión el que se ha plasmado, conviene hacer un matiz, a raíz del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley navarra. En concreto, es la STC 93/2013 la que analizó este asunto concluyendo que la ley navarra era inconstitucional por contravenir el principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE.

Según el TC la norma es incompatible con el art. 10.1 CE porque impone de forma imperativa el régimen sucesorio aplicable al matrimonio, régimen al que no se adhirieron como manifestación de su libre personalidad. Por ello, para el TC no es inconstitucional cualquier norma que dé la posibilidad de igualar los derechos de la pareja conviviente, puesto que dicho régimen (que sería dispositivo y no imperativo) dejaría siempre en manos de la pareja de hecho la decisión de equipararse al cónyuge a efectos sucesorios, salvaguardando así el libre desarrollo de su personalidad, cosa que no ocurre cuando la norma imperativamente recoge una serie de efectos sucesorios sin tener en cuenta la voluntad de la pareja que no decidió unirse en matrimonio, y que, en principio, se supone que no quiere que se le aplique el régimen que se deriva del mismo.

Por todo ello, considera el TC que sí sería constitucional aquella norma que fuera dispositiva, en palabras del mismo: “el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya

operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja” (FJ 8)⁵⁰.

Con lo cual, a la hora de analizar cada una de las normativas, habrá que tener en cuenta si el efecto jurídico que prevén para las parejas de hecho requiere de un previo consentimiento por parte de las mismas, pues como se ha podido apreciar, si la norma es imperativa, la misma será inconstitucional por contravenir el 10.1 CE.

5.3- Estado de la cuestión en el derecho comparado.

En este apartado se va a hablar sobre la legítima en otros países, si ésta existe o no, si se da la libertad de testar o si está limitada, y en caso de limitarse ¿cuáles son las diferencias respecto de nuestro ordenamiento?.

En principio, se pueden distinguir dos clases de sistemas sucesorios en el derecho comparado. El correspondiente a los países angloamericanos, denominado *common law*, en el que está presente la libertad de testar; y el denominado *civil law*, donde sí existen las legítimas, y por tanto una parte del haber hereditario está destinado necesariamente a ciertos familiares.

Ahora bien, esta introducción esta enormemente simplificada, puesto que existen grandes diferencias entre los países englobados por el *civil law*, siendo distintos los sujetos favorecidos, con diferente contenido, etc⁵¹.

⁵⁰ Según el FJ 13: “Las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro. Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja”.

⁵¹ Vd. VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” (2007) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007.

5.3.1. La libertad de testar en Europa.

En Europa, están presentes ambos sistemas, si bien es cierto que en ningún país existe una libertad de testar absoluta, puesto que, aún siendo Inglaterra y Gales los países más avanzados hacia la misma, existe la figura de la *family provision* regulada por la *Inheritance Act* (1975) que la limita a partir de un control judicial.

En el resto de países europeos, al igual que ocurre en España, existe un debate sobre la permanencia de las legítimas, que está provocando reformas, en los países del entorno, tendentes a flexibilizar este sistema de legítimas, aunque sin afectar a su subsistencia.

Ejemplo de las mismas son: la ley francesa sobre la reforma de sucesiones y donaciones de 23 de junio de 2006, que entre otras modificaciones supuso la desaparición de los ascendientes como legitimarios; la ley alemana de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, de 24 de septiembre de 2004, que entró en vigor el 1 de enero de 2010⁵²; o la reforma del Código Civil belga de 28 de marzo de 2007⁵³.

Hecha esta breve introducción pasemos a analizar más detalladamente algunos de los países más representativos.

a) **Derecho anglosajón en Europa.** En primer lugar, Inglaterra y Gales. Como ya hemos comentado, en dichos territorios se encuentra presente la figura de la *family provision*, que es un sistema bastante alejado del nuestro, pero que finalmente limita la capacidad de testar, dado que supone que una parte de la herencia se atribuya a sujetos que el testador no quiso beneficiar.

En concreto, lo que hace la ley es darle la facultad a determinadas personas de acudir al Tribunal para solicitar una *provision*, una parte de la herencia. Podrán hacer esa solicitud: en el caso de que el testador no realice a su favor una atribución económica razonable; y, también, cuando ocurra lo mismo (no reciban una atribución

⁵² Vd. ARROYO I AMAYUELAS, E., "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania" (2010) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 1/2010.

⁵³ Vd. PARRA LUCÁN, M.A., "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 13, 2009

económicamente razonable) como consecuencia de la aplicación de las normas de sucesión intestada.

Esta institución no debe confundirse con una pensión de alimentos. Las personas que pueden solicitar la *provision* son: el cónyuge supérstite o la pareja de hecho, ex cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias, los hijos, otras personas a las que, en relación con algún matrimonio contraído durante su vida, el causante haya tratado como hijos, o cualquier persona que inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera estado mantenida total o parcialmente por él⁵⁴.

La mayor crítica que recibe este sistema es la amplísima discrecionalidad que recae sobre el juez a la hora de valorar si procede conceder dicha *provision* y cómo articularla (p.ej. puede atribuir una parte de la herencia, o que se realicen pagos periódicos o una suma concreta...). A pesar de ello, la ley sí fija una serie de parámetros que deberá tener en cuenta el juzgador para valorar si la atribución económica fue razonable o no⁵⁵, no siendo determinante la necesidad del solicitante, sino que la misma deberá ir acompañada de otros factores.

Para finalizar con este sistema, resulta apropiado hacer referencia al asunto *Garland vs Morris and another* (2007), un caso en el que se deniega la *family provision* a la hija del causante, a pesar de carecer de recursos económicos, ya que los únicos que tenía procedían de subsidios, y de tener tres hijos, sólo uno en edad laboral. Se deniega la *provision*, entre otras cuestiones, porque había heredado de su madre, pero había invertido dicha herencia en una casa, a que llevaba varios años sin buscar trabajo y a la mala relación con el testador.

⁵⁴ Vd. FERNÁNDEZ-HIERRO, MARÍA y FERNÁNDEZ-HIERRO, MARTA, “Panorama legislativo actual de la libertad de testar” (2010), en Academia Vasca de Derecho Boletín JADO. Bilbao. Año VIII. Nº 19. Mayo 2010, págs. 28-54.

⁵⁵ Los aspectos que debe tener en cuenta son los siguientes: los recursos económicos y necesidades financieras que el solicitante tiene o pueda tener razonablemente en el futuro; los recursos económicos y necesidades financieras que tengan el resto de solicitantes de esta *provision*, y de los beneficiarios de la herencia; obligaciones y responsabilidades del causante en relación con el solicitante, y con los beneficiarios de la herencia; composición y cuantía de la herencia; discapacidades físicas o mentales del solicitante, y de los beneficiarios de la herencia; las razones del causante para no realizar una atribución suficiente y su estado mental; la conducta del solicitante.

Este caso muestra claramente las luces y sombras de este sistema: el hecho de que ser pariente consanguíneo no deriva por sí el ser favorecido, que la necesidad no es un dato determinante y la enorme discrecionalidad que ampara al juez.

Además de Inglaterra y Gales, se engloban dentro del derecho anglosajón el de Escocia y el irlandés. En estos sí se encuentran mayores limitaciones a la capacidad de testar. En el caso de Escocia, está presente una figura afín a las legítimas, puesto que tanto los hijos o descendientes como el cónyuge o pareja de hecho van a tener derecho a una cuota sobre los bienes muebles, la cual dependerá de si concurren unos con otros⁵⁶. Además, existe una peculiaridad en Escocia, si el causante dispone otra cosa distinta para estos parientes, los mismos deberán optar, de forma excluyente, por lo que indica la ley o por lo que dispuso el causante.

Por último, en Irlanda el único pariente que se puede considerar “legitimario” es el cónyuge viudo, que tendrá derecho a 1/3 de la herencia si concurre con descendencia o a la mitad si no existen descendientes. Peculiarmente dicho cónyuge puede renunciar a estos derechos en cualquier momento durante la vida del causante o, incluso, en un contrato prenupcial. Además, si el causante deja un legado en testamento a favor del cónyuge, este deberá optar entre sus derechos legales o el legado, en caso de no hacerlo recibirá lo indicado en el testamento.

Sin embargo, los hijos sólo tienen derecho a pedir una especie de derecho de alimentos, indica el art. 117 Succession Act. 1965, que si el testador no ha cumplido con sus obligaciones de cubrir las necesidades de sus descendientes, los mismos podrán solicitar al Tribunal que se atiendan las mismas.

b) El sistema de legítimas en la Europa continental. En el resto de Europa se pueden agrupar los países teniendo en cuenta las tendencias que valoran a la hora de establecer la legítima. Por ejemplo, existen países en los que la cuota depende del

⁵⁶ En concreto, al cónyuge le corresponderá 1/3 de los bienes muebles si concurre con descendientes, mientras que si no concurren tendrá derecho a la mitad de los bienes muebles y viceversa, es decir a los hijos les corresponderá 1/3 si concurren con el cónyuge o pareja de hecho o la mitad si no concurren. Vd. Succession Act. 1964.

número de legitimarios, dentro de estos se encuentran: Francia⁵⁷, Bélgica⁵⁸, Italia⁵⁹, Portugal⁶⁰, entre otros. Por el contrario, se encuentran otros países donde la cuota es fija y no varía con el número de legitimarios, es el caso de Alemania, donde el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la libertad de testar y de la legítima (sentencia de 19 de abril de 2005)⁶¹.

Como indica VAQUER ALOY⁶², en cuanto a la cuantía de las legítimas, resulta llamativa la solución por la que optan los noruegos, donde la legítima de los hijos es de 2/3 de la herencia, pero con límites mínimos y máximos, así ningún descendiente puede recibir menos de 200.000 coronas, ni más de 1.000.000.

⁵⁷ Donde, según su art. 913 la *réserve* variará dependiendo de los descendientes: si sólo hay uno, le corresponderá la mitad del caudal; mientras que si son dos hijos les corresponderán 2/3; y si son tres o más la *réserve* será de 3/4.

⁵⁸ En Bélgica se establecen las mismas cuotas que en Francia, op., cit. pag. 27.

⁵⁹ En Italia, al igual que en España, las cuotas varían dependiendo si los distintos grupos de herederos forzosos concurren con otros, p.ej. si el descendiente concurre con el cónyuge, o éste último con los ascendientes, etc. Sin embargo, la cuota también varía dependiendo del número de legitimarios, así si el causante deja sólo un hijo le corresponde la mitad del patrimonio, mientras que si son más a todos ellos les corresponderán 2/3 (art. 537).

⁶⁰ El art. 2158 del Código portugués aplica las mismas cuotas para los descendientes que la ley italiana: 1/2 si sólo hay un hijo y 2/3 si hay más de uno.

⁶¹ Sobre dicha sentencia habla VAQUER ALOY, A., y la resume del siguiente modo: "... el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo. En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Al mismo tiempo, ha establecido que la misma garantía, protección y rango constitucional del art. 14 –el derecho a la propiedad privada– merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Afirmar que es un elemento nuclear tradicional del derecho de sucesiones alemán, igual como la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario. Alega el Tribunal Constitucional que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos (art. 6.1 Constitución alemana). Invoca como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, tras aseverar que el derecho a la legítima, como el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia, concluye que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el derecho de familia funda con la descendencia ...".

⁶² VAQUER ALOY, A., "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima" (2007) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007, pág. 14.

Una de las similitudes entre los países son los legitimarios, pues en la mayoría de ellos serán herederos forzosos los descendientes (en algunos casos serán los únicos legitimarios, p.ej. Chequia, Finlandia, Luxemburgo, Suecia).

Además, en otros muchos aparece el cónyuge como legitimario, es el caso de Francia (que lo introduce en la reforma de 2001), Italia (art. 540), Portugal (art. 2157), Suiza (art. 471 Cód. Civil Federal Suizo), Bélgica (arts. 913 y ss.) y Alemania. En cuanto al cónyuge se encuentra otra diferencia, algunos países (como el nuestro), optan por favorecer a éste sólo a título de usufructuario (es el caso, por ejemplo, de Bélgica), mientras que a otros les corresponderá la propiedad de la cuota que indique la norma (siendo esta segunda opción la más escogida por los Estados).

Por último, en cuanto a los ascendientes, algunos países optan por concederles una cuota legitimaria a falta de descendientes (es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, Portugal y Suiza), mientras que otros optan por no incluirlos dentro de la lista de legitimarios, como es el caso de Francia, que como se ha indicado, ha suprimido a los ascendientes recientemente.

Dentro de este grupo de países se encuentran algunos que tienden a flexibilizar más el sistema de legítimas, pero sin suprimirlas. La solución intermedia entre la libertad de testar absoluta y las legítimas es la siguiente: en estos ordenamientos los legitimarios sólo tendrán derecho a una cuota si se hallan en situación de necesidad (como se comentaba más arriba, esta opción la recoge dentro de nuestro país la legislación aragonesa y la novedosa del País Vasco para paliar los efectos negativos que la legítima colectiva podría provocar en el descendiente desfavorecido). Es el caso de Estonia (art. 104 Ley de Derecho de Sucesiones), Lituania, Eslovenia y Polonia.

Por último, se puede hacer referencia a otro factor comparativo. Como ya se comentó al hablar de los derechos forales, la legítima puede configurarse de dos modos: como un *pars bonorum*, en cuyo caso los legitimarios tendrán derechos sobre los bienes de la herencia, o como un *pars valoris* o derecho de crédito, conforme al cual el legitimario tiene derecho al valor de los derechos que le corresponden y, por lo tanto, el resto de herederos podrán abonar la cuota en metálico. Como se puede apreciar, resulta más flexible establecer la legítima como un derecho de crédito, dado que de otra manera los bienes seguirán en manos de los legitimarios, a pesar de que ésta no sea la voluntad

del causante. Dentro del segundo grupo se encuentran: Alemania, Holanda, Malta, Austria, Hungría, entre otros.

5.3.2- Breve referencia a la libertad de testar en América.

Como es lógico, en la mayor parte de los estados latinoamericanos, como consecuencia del influjo español, se establecen limitaciones a la capacidad de testar. Sin embargo, en México, que se encuentra dentro de los países con sistema anglosajón, sólo se establece la obligación de dejar alimentos a determinados parientes, que sólo deberá cubrir el causante a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado (art. 1368 y 1369 Código Civil Federal Mexicano).

En Estados Unidos, aunque cada estado tiene legislación propia, se aprecia una amplia libertad de testar, la tendencia mayoritaria es la de excluir a los hijos, que sólo podrá reclamar alimentos mientras sean menores de edad a cargo de la herencia⁶³. El pariente que sí resulta beneficiado en EEUU es el cónyuge, que al igual que ocurre en Irlanda, sí tiene una cuota del patrimonio.

En Canadá, la legislación también es distinta dependiendo del territorio, por ejemplo en Toronto el sistema es muy similar a la *family provision*, siendo el sujeto desfavorecido el que tendrá que acudir al tribunal para que le reconozca la cuantía económicamente razonable; sin embargo, en Québec es mayor la limitación a la capacidad de testar, puesto que se mantiene el derecho de alimentos tras la muerte, a favor del cónyuge, el ex cónyuge, los hijos menores y los ascendientes en línea directa. Existiendo, además, una serie de limitaciones a la capacidad de disponer sobre los bienes del patrimonio familiar.

Fuera de América encontramos otros sistemas similares a la *family provision* en la Isla de Man, en Nueva Zelanda y Sudáfrica.

⁶³ Se denomina *family allowances*, ejemplo de las mismas es el art. 6540 Código de California.

VI- DEBATE EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA VS LA LIBERTAD DE TESTAR.

6.1- Sistema legítimas del Código Civil en su contexto histórico.

Las reformas llevadas a cabo en los preceptos del sistema de sucesiones del Código Civil desde su promulgación a finales del siglo XIX hasta el momento actual no han sido de calado importante. Por contra, en los sistemas forales se vislumbra un cambio y una evolución que no existe en el régimen común.

No resulta fácil comprender estas normas desde nuestra perspectiva actual, por lo cual conviene primero analizarla desde el contexto histórico en el que fueron creadas.

Si analizamos nuestro sistema sucesorio, según la teoría clásica, encontramos tres elementos clave que intervendrían en la formación de un patrimonio.

En primer lugar la propia persona titular del patrimonio, que es la que a lo largo de su vida va generando, con su trabajo y esfuerzo, una determinada riqueza.

En segundo lugar la familia directa, entendida como padres, hijos y cónyuge, que colaborando directamente con el titular, participan en la creación y el crecimiento de dicho patrimonio.

Como tercer elemento aparecería el Estado, el cual en “teoría” es el encargado de generar el entorno económico, político y social adecuado y necesario para que ese patrimonio se pueda crear.

Atendiendo a este planteamiento teórico, no resulta extraño pensar que cuando llega el momento del fallecimiento de titular del patrimonio, con la liquidación de este, cada uno de los participantes en su formación, también debieran tener derecho a recibir una parte que se corresponda proporcionalmente con la participación que han tenido en su creación.

De esta forma, al titular del patrimonio, tras su muerte, le correspondería decidir sobre su parte y designar mediante el testamento a quien o quienes quiere favorecer, siempre y cuando respete los límites legales que le impone el sistema de legítimas, mediante el cual los familiares hacen efectiva su participación en dicho patrimonio.

Por último, el Estado adquiriría su parte mediante lo que antiguamente se denominaban derechos reales y que actualmente es el impuesto de sucesiones.

Con este planteamiento teórico, la percepción de una porción del patrimonio del difunto por parte de los familiares y el estado estaría justificada, no tanto como una donación del uno a los otros, sino como una recuperación a posteriori de lo que antes ellos mismos habían generado.

En aquella época la sociedad predominante era rural y la estructura familiar seguía unos parámetros totalmente diferentes a los actuales. El sostenimiento económico de la familia venía dado en la mayor parte de las opciones por la agricultura, y el hecho de tener hijos acrecentaba los posibles económicos puesto que el nuevo miembro de la familia suponía una valiosa mano de obra que en un futuro no muy lejano se destinaría a colaborar en las labores propias del campo o de la actividad que sustentase a la familia.

Ya desde muy corta edad, los hijos se convertían en protagonistas de los ingresos familiares involucrados activamente en los negocios familiares.

Por ello resulta evidente pensar que en este tipo de estructura familiar encaja plenamente en la fundamentación clásica a la que nos hemos referido al comienzo de esta introducción, siendo adecuados y efectivos los límites a la disposición del patrimonio de una persona cuando fallecía, quedando obligado a tener en cuenta a todos aquellos que contribuyeron de forma directa a su formación.

Pero esta realidad social queda muy alejada de la actual, en la cual las familias son de tipología muy dispar y los descendientes, lejos de contribuir a engrandecer el patrimonio familiar, lo merman cuantiosamente permaneciendo en el domicilio paterno y bajo sus sustento en la mayor parte de los casos hasta los 30 años o más.

6.2 Argumentos a favor y en contra del sistema legitimario.

A) A favor de la legítima.

Uno de los autores mas destacados en la defensa de las legítimas fue ALONSO MARTINEZ⁶⁴, el cual fundamentó sus opiniones en la protección a la familia y la política económica y social de la época. Argumentos entre los cuales podemos destacar:

1- Que los hermanos son por naturaleza iguales, por lo que la ley no debe otorgarles diferentes derechos, dando libertad al padre para dejar la herencia a uno o varios hijos y a otros no, o de lo contrario se fomentaría las envidias y los pleitos entre ellos.

A este argumento se opusieron autores como MORET y SILVELA⁶⁵, GINER⁶⁶ y JOAQUIN COSTA⁶⁷ atacando en primer lugar el argumento de que la naturaleza hace iguales a los hijos, puesto que la simple observación deja en evidencia las grandes diferencias que existe entre ellos, y no solamente en lo que se refiere a la naturaleza sino también a sus méritos y circunstancias. Es por ello que es lógico pensar que nadie mejor que el padre puede saber como hacer el reparto.

Por otro lado consideraron estos autores que la aparente idea de igualdad de la legitima es engañosa, pues genera por contra una tremenda desigualdad al desconocer las autenticas necesidades de cada uno de los legitimarios. Es por tanto una igualdad mecánica e irreal que no esta respaldada por principio de justicia alguno.

2- Que es malo e injusto un sistema que permita favorecer a un extraño en contra de la familia, pues puede favorecer las injusticias y los abusos por parte de padre y las desavenencias familiares.

⁶⁴ MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, cap. IX, especialmente su sección IV (cfr. 2ª ed., 1947, páginas 39 y sigs., y especialmente págs. 145 y sigs.). (Citado por MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar" en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁶⁵ SEGISMUNDO MORET Y PREDGAST y LUIS SILVELA, en "La familia foral y la familia castellana" (Madrid, 1.863) Pág. 171 (Citado por MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar" en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁶⁶ GINER DE LOS RIOS, F. en "Resumen de Filosofía del Derecho", Madrid 1883, pág. 89 (Citado por MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar" en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁶⁷ JOAQUÍN COSTA en "La libertad de testar y las legítimas", publicado en La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses (Madrid, 1883), pág. 521. (Citado por MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar" en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

Hubo, varias críticas a este argumento, entre las cuales destacó la opinión de VALLET⁶⁸, quien defendió al contrario que en el caso de las legislaciones forales, las disposición de derecho común se formulan pensando a priori en la excepción, es decir legislan sobre la base de los casos patológicos en los cuales se dan abusos por parte del testador. No se debe por tanto, según este autor, inspirar la norma común en un mal uso excepcional, afectando con ello al bueno y normal.

Y es que según GINER⁶⁹, si coartamos la libertad de una persona con el fin de evitar un posible abuso, lo que estaremos haciendo es cometer una injusticia segura con el fin de evitar una posible.

GARCIA GOYENA⁷⁰ afirma que, no es que las leyes o fueros que dan mas libertad de testar esten intentando amparar una injusticia sino que no consideran necesario su intervención para que un padre decida testar a favor de sus hijos.

También SANCHEZ ROMÁN⁷¹ señaló que en aquellos países donde se daba la libertad de testar eran mucho menos frecuentes los pleitos por herencias, al contrario de lo que ocurría en aquellos que se aplicaban los sistemas legitimarios.

3- Que la familia es el vehículo necesario para la supervivencia del hombre y que por tanto los padres están obligados a atender los deberes que tienen hacia sus hijos. Deberes que no se limita solo a los alimentos que les puedan corresponder por edad o por incapacidad, sino que van mas allá.

Importantes juristas partidarios de la libertad de testar rebatieron este argumento, apuntando la idea de que el derecho de alimentos no es fijo sino que varia según su finalidad y que ademas no afecta a todos los hijos por igual.

⁶⁸ JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, en “*Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*” TOMO I «Las legítimas» Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil Volumen LVIII 1974, pág. 29 (Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁶⁹ Ob. cit., pag. 100.

⁷⁰ Ob. cit., pág. 327.

⁷¹ Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “*La libertad de testar*” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.

También se argumentó en contra que el derecho a la propiedad y la obligación como padre de proveer de alimentos a los hijos no son incompatibles y por tanto no es de ley vulnerar los derechos que le corresponden al padre como propietario por el hecho de tener obligaciones con sus hijos.

Podemos entender por lo dicho que el argumento más sólido en apoyo a el sistema de legítimas y el único que justifica su función social es el deber de protección a la familia, si bien es cierto que las obligaciones de los padres de mantener a los hijos no les debe obligar a convertirlos en herederos⁷².

4- Que con la restricción a la libertad de disponer que otorga el sistema de legítimas se favorece la movilización de la propiedad, evitando que la riqueza se acumule en unos pocos y se generen latifundios que enquisten el tráfico económico⁷³.

De nuevo autores como VALLET⁷⁴ rebaten este argumento con la idea de que no esta asociada la creación de mayorazgos con la libre disposición de sus bienes del testador y añade además que la creación de múltiples y pequeños propietarios puede resultar no rentable para la explotación de la tierra, ya que solo su propietario, por ser su creador, y su buen juicio son capaces de conocer la medida óptima para ello.

5- También se baraja en defensa de la legítima la idea de que la familia es una de las claves para la formación del patrimonio de una persona, con su participación de diferentes maneras tales como aportar trabajo, generar el ámbito adecuado etc... en su

⁷² CONCEPCIÓN ARENAL (La cuestión social: cartas a un señor, 21): «Me parece altamente filosófico y equitativo el modo que tiene la Iglesia Católica de comprender los deberes de los padres, y que expresa el Catecismo diciendo que deben a sus hijos alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo, y estado competente a su tiempo; no dice dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos. El precepto es claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a sus hijos, sostener su cuerpo, darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu, darles estado, educar su inteligencia y, por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que quieran y puedan trabajar con fruto y sean hombres honrados, dichosos, cuanto es posible, y útiles a la sociedad. Ningún hijo en razón puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto podrá darle más porque quiera, no porque le deba ya cosa alguna».

⁷³ Es posible que este argumento se haya inspirado en la influencia política revolucionaria francesa que considera la necesidad de impregnar del principio de igualdad las normas sucesorias para evitar la creación de privilegios.

⁷⁴ JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, en “Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer” TOMO I «Las legítimas» Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil Volumen LVIII 1974, pág. 43 (Citado por MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado- Núm. 9-10/2005, Septiembre-October 2005.)

gestación. Es por ello que se consideró que tras el patrimonio de una persona se escondía una copropiedad familiar, a cuyos miembros les correspondía, en el momento de fallecimiento del causante, su parte de aportación.

Como ya hemos comentado anteriormente, este argumento no encaja en el contexto actual pues que los hijos, lejos de participar en el engrandecimiento del patrimonio de los padres, lo mas habitual es que lo disminuyan.

6- Algunos autores entendieron que existía un deber moral de transmitir de generación en generación, no solo los bienes heredados de los ascendientes con la idea de que el ánimo de estos era transmitirlos no solo para sus hijos sino también para descendientes futuros a modo de fideicomiso tácito, sino que además los bienes adquiridos por su trabajo y no heredados al considerar que el mérito correspondía al aprendizaje y la herencia genética de sus antecesores.

B) A favor de la libertad de testar.

Otros autores destacados tales como DURAN Y BAS⁷⁵, AZCÁRATE⁷⁶, SÁNCHEZ ROMÁN⁷⁷, GINER DE LOS RIOS⁷⁸, JOAQUÍN COSTA⁷⁹, MORET y SILVELA⁸⁰ se han manifestado a favor de la libertad de testar. Enumeremos ahora algunos de los argumentos mas destacados que aportaron en su defensa.

⁷⁵ DURÁN Y BAS, M., “Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña”, Capítulo IV, Barcelona, p. 218., citado en, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La libertad civil”, págs. 187 y ss.

⁷⁶ AZCARATE en “Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad”, tomo III, cap. VIII, pag. 82, Madrid 1883. (Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁷⁷ SANCHEZ ROMAN en “Estudios de Derecho Civil”, t. VI-II Madrid 1910. (Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁷⁸ GINER DE LOS RIOS, F. en “Resumen de Filosofía del Derecho”, Madrid 1883, (Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

⁷⁹ COSTA, J., “Forma que debe revestir el Código, derivada del principio foral *Standum est chartae*. Libertad civil. Hermeneútica legal”, en “*Libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*”, Madrid, 1883, citado en VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La libertad civil”, págs. 187 y ss.

⁸⁰ SEGISMUNDO MORET Y PREDGAST y LUIS SILVELA, en “ La familia foral y la familia castellana” (Madrid, 1.863) (Citado por MAGARIÑOS BLANCO,V. “La libertad de testar” en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.)

1- SANCHEZ ROMAN⁸¹ expuso que es ilógico que el derecho de propiedad se vea limitado tanto en vida como tras la muerte del causante en los casos en los que existan herederos legitimarios, quedando el “Ius disponendi” de esta forma sin efectividad o restándole parte de ella tanto antes como después de la muerte del propietario.

Y es que según el autor, para poder justificar los límites que impone la legítima sería necesario modificar por completo el contenido de la propiedad individual que actúa otorgando al padre total libertad para disponer de sus bienes en vida sin que sus hijos puedan oponerse a ello⁸².

2- De nuevo SANCHEZ ROMÁN, junto con otros como AZCÁRATE⁸³, defendieron que con la libertad de testar se protege la institución de la familia reafirmando la autoridad paterna y asegurando la distribución justa, junto con la buena elección de los herederos, fomentando a su vez, el desempeño de las obligaciones familiares de los hijos, al inducirles el esfuerzo y la colaboración con su familia.

En palabra de AZCÁRATE, las legítimas “estorban el ejercicio de la patria potestad, fomentan el egoísmo de la familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales a que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran a que la ley convierta éstos de morales en jurídicos”.

3- MORET y SILVELA⁸⁴ pusieron en tela de juicio moral la sociedad que avalase que fuera la obligación que impone la ley la que distribuyese los patrimonios entre las familias y no el amor y el respeto que naturalmente se procesa entre padres e hijos.

4- Subrayaba DURAN Y BAS⁸⁵ que la libertad a la hora de testar está no solo justificada por el derecho privado sino que aún más si cabe por el derecho público,

⁸¹ *Ob. cit.*

⁸² A excepción claro está de los casos de prodigalidad.

⁸³ *Ob. cit.*, pág. 82.

⁸⁴ *Loc. cit.*, pág. 165

⁸⁵ DURÁN Y BAS, M., “Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña”, Capítulo IV, Barcelona, p. 230, citado en, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La libertad civil”, págs. 187 y ss.

puesto que el derecho a la libre disposición de la propiedad es libertad esencial, porque reconoce el empleo de las facultades de la persona en su relación con el mundo exterior⁸⁶.

Argumento apoyado a su vez por JOAQUÍN COSTA⁸⁷, que añadió que en aquellos lugares donde el Estado coarta la libertad de testar, se les roba a las familias su autoridad generando una única personalidad arrolladora que vulnera las leyes naturales de la sociedad.

5- Otra premisa a favor de la libertad de testar fue que con ella se fomenta la conservación y la obtención de mayores beneficios de los negocios familiares, sea en forma de tierras para el cultivo, sea en forma de empresa, industria o taller de oficio, puesto que esta es la única forma de que el propietario, que es el que mejor conoce su funcionamiento, elija a la persona mas adecuada para su continuidad y explotación, y ademas evita la decisión con la consecuente debilitación de la misma.

6.3- Cuestiones conflictivas a tratar dentro de una posible supresión del sistema legitimario.

6.3.1 Introducción.

Para realizar el estudio de la institución de la legítima, no solo ha de ponerse la atención en el interés personal del testador y los herederos, sino que también debe hacerse bajo el parámetro de la función económica y social que desempeña actualmente, es decir teniendo en cuenta que para que su existencia en el ordenamiento jurídico esté justificada debe tener interés o función en la sociedad.

Y es precisamente esta función social de la legítima el factor que está poniendo en duda la permanencia de la misma, dado que los enormes cambios que ha sufrido nuestra sociedad hacen que esa función sea ya inexistente.

⁸⁶ En palabras de DURÁN Y BLAS: “La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta el pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad”.

⁸⁷ *loc. cit.*, págs. 515 y sig.

Cambios sociales, en especial los que conciernen a los pilares de la familia tradicional, han provocado a su vez que las voluntades a la hora de testar hayan cambiado.

Por tanto, parece conveniente hacernos una pregunta: ¿se debe seguir protegiendo a la legítima en nuestro ordenamiento, a pesar de su incapacidad para asistir a las necesidades de la sociedad para la que está destinada⁸⁸?

Parece evidente la respuesta cuando nos encontramos con numerosos problemas que dan lugar a situaciones de frustración, rechazo y desilusión que describe muy bien MAGARIÑOS BLANCO⁸⁹, y que surgen habitualmente en los despachos notariales tales como el típico matrimonio con hijos que quiere que cuando uno de ellos fallezca, sea su pareja la que se quede íntegramente con los bienes que han adquirido conjuntamente con mucho esfuerzo a lo largo de su vida, y que en la mayor parte de las ocasiones se componen fundamentalmente de su vivienda, temerosos de que puedan incluso, necesitar venderla para pagar las atenciones de una residencia en su vejez. No se entiende que su deseo choque con la obligación que impone la legítima de indemnizar a los descendientes con dos tercios de la herencia en perjuicio del cónyuge sobreviviente simplemente porque no concurren ninguna de las restrictivas causas de desheredación que apunta el Código Civil.

O el caso cada vez más habitual que el testador vea frustrado su deseo de dejar los bienes a la persona que se ha encargado durante años de cuidarle y no a sus hijos que, en ningún momento, se han hecho cargo de sus necesidades.

También sucede en muchas ocasiones, que las parejas sin hijos, que comparten una vivienda, e incluso un negocio con el que se sustentan, ven como inevitablemente, si cuando uno de ellos fallezca le superviviese un ascendiente, deben adjudicarle una cuota al mismo, en contra de su voluntad que es la de dejar su parte íntegramente a su pareja.

⁸⁸ PARRA LUCÁN, M.A., "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 13, 2009.

⁸⁹ MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar" en Revista de derecho privado-Núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.

De acuerdo con MAGARIÑOS BLANCO, se muestran también LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA⁹⁰ cuando coinciden en que está muy extendido por los ciudadanos que acuden a un notario con el fin de realizar un testamento, el sentimiento de frustración al verse limitados rígidamente y gravemente en su derecho a disponer de los bienes que han generado con mucho esfuerzo durante toda su vida, a pesar de que sea en beneficio de sus parientes.

Pero si bien es cierto que en el debate conservación de la legítima vs libertad de testar, toda la doctrina, entre la que incluyo catedráticos y profesores de derecho civil, legisladores de los regímenes forales, jueces⁹¹, notarios, etc..., se inclina indiscutiblemente por una modificación que conlleve la debilitación de la institución, también lo es que son pocos los que abogan por una extinción total de la legítima, tal y como nosotros proponemos.

Hay varias razones en las que se basa la doctrina para evitar la total libertad de testar, entre ellas destacan:

- La posible vulneración de la Constitución Española de 1978.
- La posible desprotección de la familia.
- La obligación de alimentos en relación de hijos y ascendientes.
- La especialidad en referencia a los bienes de procedencia familiar.

Trataremos en las siguientes páginas de convencer al lector de que ninguno de esos argumentos tiene el suficiente peso como para evitar la supresión de las limitaciones a la libertad de disponer del causante.

6.3.2 La posible vulneración de la Constitución Española de 1978.

⁹⁰ LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O, “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en MONJE BALMASEDA, O (Coordinador), El patrimonio sucesorio. Volumen 1, reflexiones para un debate reformista, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 655 y 656.

⁹¹ Buen ejemplo ello es la STS de 3 junio de 2014 (RJ 2014, 3900) sienta doctrina con su nueva interpretación del art. 853.2 Cc, que incorpora el maltrato psicológico como causa de desheredación, que encaja dentro del “maltrato de obra” del que habla el precepto. Al respecto, vd. CABEZUELO ARENAS, A.L., “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación” (2015), en Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2015 parte Comentario.

Al tratar el tema de la supresión de la legítima de nuestro ordenamiento nos surge la duda de si eliminarla pudiera ser contrario a la Constitución, es decir, nos debemos plantear si esta institución forma parte esencial del derecho a la sucesión (y por lo tanto queda protegida por la Constitución) o no.

Si analizamos el artículo 31.3 de la CE⁹², vemos como la Constitución conecta el derecho a la herencia con el derecho a la propiedad privada, de tal forma que el testador va a tener la facultad de disponer de sus bienes en vida, derecho que se prolongará después de su fallecimiento. Es este derecho a la herencia un derecho constitucional, pero no fundamental.

También hay que tener en cuenta otros artículos que están enfocados a la protección de la familia. En concreto, tiene especial relevancia el art. 39.3 CE que dice textualmente: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Se reconoce un deber de asistencia que parece estar relacionado con el fundamento de la legítima y que podría dar pie a considerar que la misma queda enmarcada en ese deber constitucional y, por tanto, protegida como tal.

Existen dos corrientes doctrinales acerca de este debate, por un lado los que defienden que la legítima forma parte del núcleo de la herencia, y por tanto está protegida constitucionalmente; y los que aseguran lo contrario.

Apoyando la primera teoría encontramos autores como LÓPEZ Y LÓPEZ⁹³, que reconoce el derecho a la libertad de disposición, pero matizando que cuando se trata de testar dicha libertad está limitada a una porción de la herencia. Se apoya en el mandato que hace el artículo 39 de la CE a los poderes públicos de protección a la familia para atribuir a la legítima la protección constitucional por la que no podría ser eliminada.

⁹² Según el art. 31.3 CE: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”.

⁹³ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en Comentario a la constitución socio-económica de España, Granada, 2002, pag. 279 . Explica que la vinculación familiar del patrimonio hereditario “implica un derecho a la herencia de los parientes más próximos”.

También, LACRUZ⁹⁴ defiende esta línea argumental al afirmar que si bien es cierto que existe la libertad de disponer por causa de muerte, se debe reservar lo que les corresponde a los legitimarios por ley, ya que tienen estos derecho a recibirlo y deber aquel de dárselo basándose en la obligación de compartir sus bienes con los miembros próximos de su familia.

No obstante, a pesar de estas opiniones, la doctrina mayoritaria⁹⁵ se decanta por negar que la legítima tenga carácter constitucional. Autores destacados como CÁMARA LAPUENTE⁹⁶ defienden con acierto que en el ordenamiento jurídico español existe una diversidad de sistemas legitimarios que van desde el más restrictivo, en el régimen común, hasta la negación de cuota legitimaria para hijos y descendientes en el fuero de Ayala y en Navarra, y no por esta causa se ha considerado vulnerada la Constitución. El autor define, además, a legítima como: “Una de las formas posibles de cumplir el mandato constitucional de protección de la familia”, por tanto, los artículos de la Constitución a los que hemos aludido anteriormente no impiden, según CÁMARA LAPUENTE, su modificación, reducción o incluso su supresión, (si bien es cierto que el autor lo condiciona a la existencia de otros medios de protección de la familia del causante, como por ejemplo un hipotético “derecho de alimentos *mortis causa*”⁹⁷), siempre y cuando se preserve una garantía formal para situaciones de preterición que aseguren que la voluntad del causante se formó correctamente y no hubo vicio por desconocer la existencia de parientes.

⁹⁴ Vd. LACRUZ BERDEJO, J. L. (Coord), Elementos del Derecho civil. Tomo IV. Familia, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 6.

⁹⁵ Entre otros: CÁMARA LAPUENTE, VAQUER ALOY, VALLADARES RASCÓN, PARRA BENÍTEZ y FERRER RIBA.

⁹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, págs. 56 Y 57.

⁹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law”, en Anderson y Arroyo, edits. The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives, European Studies in Private Law (5), Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pág. 301.

En la misma línea encontramos a VAQUER ALOY⁹⁸ que afirma que, si bien es cierto que la presencia de la legítima en la sucesión es adecuada a la Constitución, no sería inconstitucional suprimirla.

Conviene mencionar aquí la Sentencia del Tribunal Constitución alemán, de 19 de abril de 2005⁹⁹ (a la que ya hicimos alusión con anterioridad en la nota al pie número 61), que resuelve que la cuota legitimaria perteneciente a los hijos es una exigencia constitucional y no puede ser derogada por la ley ordinaria. El Tribunal alemán se apoya tanto en el argumento histórico, como en el de la solidaridad familiar aceptada por la doctrina mayoritaria alemana. Opina CÁMARA LAPUENTE que, a pesar de que hay autores que contemplan la posibilidad de trasladar esta argumentación al sistema español, no resultaría adecuado dado que, ni la histórica concepción germánica de la herencia como propiedad familiar coincide con nuestra tradición, ni la protección familiar cuenta con el mismo anclaje constitucional en nuestro ordenamiento.

6.3.3- La protección de la institución de la familia y sus cambios.

A) Evolución histórica de la familia.

Como ya hemos comentado anteriormente, uno de los factores mas determinantes, no solo para la conservación del sistema legitimario, tal y como lo conocemos, sino también como fundamento para oponerse a la total libertad de disposición testamentaria, es garantizar la defensa de la institución de la familia.

A su vez el argumento estrella para defender las modificaciones hacia una mayor libertad de testar son los cambios que se han producido en el modelo familia.

Por ello, hemos visto conveniente estudiar con profundidad en este apartado los cambios sociológicos y económicos que ha sufrido esta institución en nuestro país en las últimas décadas.

⁹⁸ VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” (2007) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007, pág. 14.

⁹⁹ VAQUER ALOY critica esta sentencia porque, en su opinión, el principio de solidaridad se contradice con la edad de los implicados en la sucesión y el argumento histórico no debería ser utilizado en el contexto actual.

Como sabemos, fue el modelo de familia del S.XIX el que inspiró a los redactores del Código a la hora de configurar el derecho sucesorio actual, y en especial, las legítimas. Pero ese modelo de familia ha desaparecido en la actualidad, surgiendo todo un abanico de modalidades (familias monoparentales, familias divorciadas, parejas de hecho, matrimonio de personas del mismo sexo...) impensables en 1889 y que conllevan nuevas necesidades que no son cubiertas por el modelo de familia que se tuvo en cuenta en aquel momento, resultando este claramente insuficiente¹⁰⁰.

Para poder hablar de la evolución se debe acotar qué modelo de familia existía en el S.XIX. Ese modelo clásico de familia básicamente se estructura en dos pilares: en primer lugar, prácticamente el único modo de convivencia es el matrimonio (canónico o civil), es decir, parte de la idea de que va a existir matrimonio y que va a ser único sin contemplar una posible crisis matrimonial; y, en segundo, la filiación surge del parentesco, sin contemplar la convivencia con otros sujetos con los que existan lazos afectivos que impliquen la existencia de una familia sin ser hijos biológicos.

Como se verá más adelante, la necesaria existencia de estas dos premisas chocan frontalmente con muchas de las nuevas modalidades de familia reconocidas ya por el ordenamiento jurídico, en las que la filiación no sólo surge del parentesco. Por ejemplo en el caso de las familias reconstituidas, puede darse el caso de que se conviva más con hijos de una nueva pareja que con los propios, o también pueden surgir nuevos hijos en común; o en las que la forma de convivir en pareja no sólo es como consecuencia de un matrimonio, como es el caso de las parejas de hecho; o incluso no existe pareja como es el caso de las familias monoparentales.

Ese modelo de familia se impregna en el derecho sucesorio proclamando a los descendientes como titulares de un derecho, el derecho a la herencia (legítima). Un derecho que se basa exclusivamente en la filiación sin tener en cuenta la posible relación afectiva. Hasta tal punto se antepone dicha filiación que va a condicionar las disposiciones económicas que haga el causante en vida.

¹⁰⁰ Vd. REBOLLEDO VARELA, A.L., “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación” en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coordinador), La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010

Evidentemente, la existencia de este derecho no tiene en cuenta las nuevas formas de familia que precisamente surgen por la existencia de una relación afectiva, al contrario, como se acaba de apuntar, de lo que ocurre en el sistema de las legítimas.

Y es que como consecuencia de estos cambios sociológicos en las familias, surge en el testador el deseo de beneficiar tras su muerte a determinadas personas con las que en vida compartió lazos afectivos o convivió, personas que no siempre serán las que el Código recoge como legitimarias, surgiendo un conflicto o una dificultad para encajar las intenciones del testador en las instituciones de derecho sucesorio.

Pasemos ahora a conceptualizar esos nuevos modelos, así como su reciente reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

B) Sustitución de la familia extensa por la nuclear.

En la actualidad se habla de “familia extensa”¹⁰¹ para referirse al modelo de familia que inspiró al Código Civil. Aquel modelo de familia patriarcal que, en nuestros días, es el minoritario. Por el contrario, el término “familia nuclear” recoge un modelo de familia actual que incorpora todos los cambios sociológicos sufridos en esta institución y a los que se va a ir haciendo referencia en las próximas páginas.

Son varios los factores que han impulsado este continuo cambio, entre ellos se puede hacer referencia a las crisis matrimoniales, la incorporación de la mujer en la esfera pública, el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo, el aumento de las madres solteras, la mayor esperanza de vida etc...Factores que han provocado la existencia de múltiples tipos de familias. De la inestabilidad del matrimonio han surgido familias reconstruidas o monoparentales; del reconocimiento jurídico del matrimonio del mismo sexo surgen las familias homosexuales, etc.

Otros factores a los que hace referencia REBOLLEDO VARELA,¹⁰² son:

¹⁰¹ Sobre la familia patriarcal y su evolución habla ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil”, en *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, Editorial, LA LEY 2338/2001.

¹⁰² Vd. REBOLLEDO VARELA, A.L., “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación” en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pág. 28 y 29.

- En primer lugar, la reducción del tamaño de la familia, que ha venido provocado por una disminución de la tasa de fecundidad y un retraso de la natalidad. Como indica el autor, este hecho, acompañado por el proceso de urbanización y de abandono del medio rural, “implica que la familia ya no es un instrumento de conservación y transmisión del patrimonio”.

En la actualidad, los hijos son económicamente independientes en el momento en que mueren sus padres, con lo que esa función asistencial que existía por parte de estos últimos a favor de los hijos ha desaparecido. Desaparecida esa función asistencial se hace innecesaria la permanencia de la limitación a la capacidad de disposición que sufren los testadores.

- En segundo lugar, durante los últimos años se ha dado una enorme importancia a la independencia de las personas. Hoy en día existe un profundo proceso hacia el individualismo, un status en el que la persona decide sobre su esfera personal y patrimonial sin ser necesaria una consulta con el entorno familiar, existiendo, incluso, familias unipersonales.

Este segundo dato sigue en la línea del anterior, es decir, no se entiende la permanencia de un régimen de sucesiones que limite la libertad de testar en una sociedad en la que prima la independencia de la persona.

- En tercer lugar, ligado con el primer factor, ya no se anteponen los hijos al resto, existiendo familias en las que ni siquiera existe descendencia. Actualmente, prima la pareja que sustituye la anterior centralidad de los hijos que aparecen como una opción. Además, esa pareja se ha prolongado en el tiempo debido a la mayor esperanza de vida, con lo que tampoco tiene sentido colocar en orden de prioridad a los hijos frente al cónyuge. De este fenómeno se deriva el deseo, comentado en la introducción a este estudio, que tienen muchos matrimonios de dejar en herencia prácticamente todo su patrimonio a su pareja, deseo que con el sistema actual se ve truncado.

- Otro factor son las crisis matrimoniales, que existen porque han ido perdiendo importancia factores económicos, sociológicos o jurídicos que sí tenían valor en otras épocas, dependiendo únicamente la relación afectiva de la voluntad de las partes, y de la satisfacción afectiva que les produzca.

De esas crisis matrimoniales surgen, en ocasiones, familias reconstruidas que originan descendencia en común lo que, según REBOLLEDO VARELA, provoca importantes problemas sucesorios entre los grupos familiares, como ya se ha comentado.

- Además, la participación de la mujer en la generación del patrimonio conyugal también pone en tela de juicio su disposición *mortis causa* porque normalmente ese patrimonio que se generó conjuntamente también se deseará disponerlo conjuntamente para después de su muerte.

- Otro fenómeno sociológico que afecta de lleno al régimen de sucesiones es el hecho de que al aumentar la esperanza de vida también han incrementado el número de ancianos dependientes que necesitan tanto recursos económicos como cuidados afectivos. Dichos cuidados vendrán ofrecidos por hijos o familiares del anciano dependiente o por terceras personas. Es lógico que el sujeto quiera beneficiar *post mortem* a aquellas personas que colaboraron en su cuidado o, al contrario, perjudicar a aquellos que no lo hicieron.

- Por último, como se comentaba al hablar de los dos pilares básicos de la familia patriarcal, en la actualidad ya no es sólo que existan crisis matrimoniales, divorcios, familias reconstruidas como consecuencia de las mismas... sino que, además, existe nuevas formas de convivencia alternativas al matrimonio en las que existe descendencia en común.

C) Reconocimiento jurídico de los nuevos modelos de familia.

Pasemos ahora a apuntar cuáles han sido las legislaciones que han impulsado esta metamorfosis de la familia. Estas normas, como indica PARRA LUCÁN¹⁰³, al atender a esos nuevos modelos de familia, no solamente están reconociendo la libertad personal de los ciudadanos, sino que además, de ellas se deriva que “estos nuevos modelos cumplen un papel semejante al que hasta ahora correspondía en exclusiva a la familia tradicional basada en el matrimonio”.

¹⁰³ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” (2011), en Diario La Ley, N° 7675, Sección Tribuna, , Año XXXII, Ref. D-304, Editorial LA LEY.

Ejemplo de normas que han conseguido abolir ese modelo de familia burguesa patriarcal que inspiró al Código Civil son las siguientes¹⁰⁴:

- La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre Reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Esta ley es el primer paso hacia el quebrantamiento de la institución de la familia tradicional que había permanecido durante el franquismo, así, por ejemplo, a partir de este momento son ambos cónyuges los encargados de fijar el domicilio familiar (art. 58); además, deja de ser un atributo para el marido la protección de la familia y también deja de ser una obligación para la mujer la obediencia (art. 57); el matrimonio no limita la capacidad de obrar de los cónyuges (art. 62); con lo cual, el marido ya no representará legalmente a la mujer (Art. 63); la mujer ya no necesita licencia del marido para ser albacea (art. 893), ni para aceptar y repudiar la herencia (art. 995), para solicitar la partición hereditaria (art. 1053), etc.

En definitiva, esta primera norma empieza a igualar la figura de la mujer y el hombre, aunque evidentemente deja mucho camino por andar a los legisladores que le suceden.

- La norma que verdaderamente marca un antes y un después en la institución de la familia es la Constitución Española, la instauración de la democracia y de los derechos fundamentales, en especial los referentes a la libertad individual de la persona, son sus grandes promotores.

En concreto es de especial interés el mencionado art. 39.1 CE, que dice: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Como se puede apreciar, la gran virtud del precepto es que no configura un modelo de familia en concreto, lo cual se encuentra en armonía con la multiplicidad de formas de familia actual y permite el acogimiento constitucional de las mismas.

Dentro del texto constitucional existe otro precepto que toca de lleno al Derecho de Familia, el art. 32, que reconoce el *ius connubi*. Como ya se ha enunciado de ambos

¹⁰⁴ Vd. ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil”, en Actualidad Civil, Sección Doctrina, Editorial, LA LEY 2338/2001, págs. 14 y ss.

preceptos se extrae que ya el legislador constitucional pretendía incluir dentro de esta institución distintos modelos de familia, pues dentro de su silencio cabrían familias divorciadas, solteros, familias reconstruidas ... Ahora bien, la redacción del art. 32 CE revelaba que el legislador no estaba pensando en parejas homosexuales, en concreto, decía: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Ambos preceptos supusieron un gran avance.

- Las siguientes reformas legislativas relevantes¹⁰⁵ fueron las producidas por las leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, ambas supusieron un punto de inflexión en el derecho de familia español.

La primera de las normas recoge el principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, admitiendo cualquier tipo de pruebas biológicas en los procesos de filiación. La segunda versa sobre materia matrimonial e introduce el divorcio a nuestro ordenamiento.

- Con posterioridad, en 2005¹⁰⁶, surgen dos importantísimas normas:

1.- La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual permite el divorcio por voluntad unilateral de unas de las partes sin tener que justificar causa alguna.

Como se comentaba anteriormente, esta reforma legislativa muestra lo alejada que está la sociedad de nuestros días del modelo de familia burguesa que se tuvo en cuenta en la redacción del Código. Por aquel entonces la unión matrimonial tenía

¹⁰⁵ Sobre la evolución de la familia y las reformas legales relevantes en esta institución habla MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Familia, sociedad y derecho”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016.

¹⁰⁶ Cabe apuntar que en este lapso de tiempo (desde 1981 a 2005) surgen otras normas relevantes para el derecho de familia, pero que no afectan tanto a este estudio, como por ejemplo la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, posteriormente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

muchas más razones que una relación afectiva, de hecho este motivo solía ser prácticamente irrelevante, siendo la verdadera razón del matrimonio intereses económicos y sociológicos, de tal manera que el enlace era irrompible. Sin embargo, ahora que esos intereses ya no están presentes, sino que la relación de convivencia está basada únicamente en el afecto, resulta lógico que si éste desaparece sea posible disolverla unilateralmente (con el único requisito de que hayan transcurrido tres meses desde su celebración).

Esta última reforma es una muestra más de lo importante que es en nuestros días la libertad del individuo, una exaltación más del individualismo, ya que el sujeto puede disponer de su matrimonio por completo. Cabe apuntar, que el proceso de privatización del matrimonio ha dado un paso más con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰⁷ que permite contraer matrimonio ante el notario o el Letrado de la Administración de Justicia, incluso, en algunos supuestos, es posible el divorcio ante los mismos.

2.- La segunda norma es la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la exposición de motivos de esta ley, en concreto en su primer apartado, el propio legislador admite que la sociedad ha ido evolucionando desde 1889 y enuncia que es obligado acoger esos cambios en las normas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre la privatización del matrimonio civil producida por la Ley 15/2015 habla DE PABLO CONTRERAS, P., “Matrimonio y el derecho civil” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, págs. 80 y 81.

¹⁰⁸ En concreto la exposición de motivos dice: “La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. (...) En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo (...) Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889”.

Contra esta última norma se planteó un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, que finalmente afirmó la constitucionalidad de la misma. También el TC admite estos cambios sociológicos, en concreto cita una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, que dice: “la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”¹⁰⁹.

6.3.4 La obligación de alimentos en relación de hijos y ascendientes.

Cierto es que la libre disposición de los bienes en el testamento no implica que se deba esquivar la obligación de alimentos que impone el art. 39 de nuestra constitución¹¹⁰. Obligación que es desarrollada a su vez por el Código Civil, apuntando que los padres tienen el deber de velar por sus hijos menores y prestarles alimentos, aun no estando estos bajo su patria potestad.¹¹¹

A pesar de que el Código habla de menores no emancipados¹¹², se sobreentiende que dichos deberes continúan presentes tras la extinción de la patria potestad por pérdida de la misma, aunque los hijos se hayan emancipado, como deja patente el art. 110 Cc.

Además, el art. 39 de la CE, aunque a priori imputa el deber de asistencia de los padres durante la minoría de edad de los hijos, deja a salvo también el resto de casos en que legalmente proceda. Ejemplo de ello es el artículo 142 del Cc, que extiende el deber

¹⁰⁹ A raíz de esta sentencia del Tribunal Constitucional cabe hacer un apunte acerca de las uniones de hecho, a las cuales, según el TC, no se les extienden los efectos civiles del matrimonio, puesto que actualmente toda persona puede acceder al matrimonio o, como ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, optar por no hacerlo.

¹¹⁰ En concreto, el art. 39 de la CE dice: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.....3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

¹¹¹ Vd. art. 110 del Código Civil.

¹¹² Vd. art. 154 del Código Civil, según el cual: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.....la patria potestad comprende el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”

de alimentos tras la minoría de edad, siempre que el alimentista no hubiera finalizado su formación por causas que no le fueran imputables.

Dicho esto, hay que recalcar que la patria potestad se extingue con el fallecimiento de los padres, y por tanto a su vez desaparece el deber de prestar alimentos¹¹³. Con lo cual, la obligación a la legítima¹¹⁴ es una obligación diferente a la de alimentos.

Aun siendo esto así, muchos consideran que en el caso de suprimirse la legítima y dar total libertad de disposición al testador, la obligación de alimentos debe continuar garantizada mediante la herencia y, por tanto, que la protección de la familia defendida por el art. 39 de la CE debe traducirse en un derecho de alimentos que se debe hacer efectivo mediante la sucesión¹¹⁵.

Hay entre los diferentes derechos forales españoles algunos supuestos de atribución de derechos de alimentos por vía del Derecho de sucesiones, como un equivalente legitimario, en el sentido de que se atribuyen a personas que son excluidas de la herencia.

Buen ejemplo de ello es el caso del País Vasco¹¹⁶, donde como ya hemos explicado anteriormente, con la nueva ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, se ha instaurado la legítima colectiva para los descendientes, lo que implica que, salvo en el caso de que exista uno solo, no hay legítimas individuales, ni siquiera para los más cercanos. No obstante, la LDCV concede al descendiente que caiga en situación de indigencia como consecuencia de su exclusión sucesoria, la posibilidad de

¹¹³ Cfr. arts. 150 y 169 del Código Civil.

¹¹⁴ La función de la legítima no es sino la de defender el derecho a participar en el patrimonio del causante de ciertos parientes.

¹¹⁵ Puede parecer razonable asegurar legalmente, con cargo al haber hereditario, los bienes indispensables para cubrir las necesidades (vivienda, alimentos, educación, vestido...) de los hijos, siempre que los padres fallezcan siendo los mismos menores de edad.

¹¹⁶ Vd. GALICIA AIZPURUA, G. "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco" (2016), en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2016 parte Tribuna.

dirigirse contra los favorecidos a fin de obtener alimentos¹¹⁷. Por tanto, se trata de un derecho configurado como una especie de legítima eventual, exigible si fuera necesario y siempre y cuando no existan otros obligados, con cargo a la herencia.

Ahora bien, si tal como hemos visto, los deberes de alimentos de los padres no se extinguen a priori, hasta la mayoría de edad de los hijos y, en todo caso, cuando fallecen, debemos plantearnos que no es sencillo sustituir el sistema de legítimas por un derecho de alimentos, pues conlleva, para su implantación general en el Derecho español, algunos problemas¹¹⁸ entre los que destacan dos:

1. La determinación de la cuantía o valor del contenido económico que debe comportar ese derecho de alimentos.
2. La fijación de un término o edad hasta la cual debería subsistir la obligación sucesoria de alimentos.

En cuanto a la cuantía parece que sería necesario ponderar tanto el caudal relicto que deje el causante, como la posible participación del otro progenitor en función de su situación económica, y el tipo de necesidades que tenga el hijo procedentes de su formación. Entendemos que debiera extinguirse cuando el alimentista pudiera ejercer profesión o trabajo que le permita sustentarse por él mismo, o por cualquier causa que pueda llevarle a mejor fortuna, etc¹¹⁹.

Pero y ¿qué cantidad fijamos en los casos en los que los alimentistas son demasiado jóvenes para poder saber cual será su trayectoria profesional?, y en lo referente a la duración de este derecho, ¿cual sería un criterio razonable?, ¿la mayoría de edad, o el momento que acabe su formación profesional?, ¿con límite o sin límite de edad?.

¹¹⁷ El artículo 21.1-a) de la LDCV asigna la categoría de carga del caudal a los alimentos que sean “debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas”. A mi juicio, es complicado de gestionar, pues la persona que se debe hacer cargo es aquella a la que el causante ha decidido dejar su patrimonio y que puede que no tenga ningún lazo afectivo con el alimentista. Situación que sin duda generaría muchos conflictos.

¹¹⁸ PARRA LUCÁN, M.A., “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 13, 2009.

¹¹⁹ Causas de extinción de derecho de alimentos que indican los arts. 147 y 152.3 Cc.

Por otro lado, está también la cuestión del deber de alimentos con los ascendientes necesitados de ellos que convivieran con el causante antes de su fallecimiento, ¿subsiste el deber tras el fallecimiento?. ¿Y si existen otros hijos o nietos del ascendiente, se debe contribuir proporcionalmente al sustento de este con la herencia?.

En nuestra opinión es muy complicado gestionar una obligación de alimentos planteada de esta forma, puesto que viene impuesta tras el fallecimiento de la persona con infinitud de variables que dejen en el aire el reparto efectivo de la herencia tal y como el testador consideró.

6.3.5- La especialidad en referencia los bienes de procedencia familiar.

Por último, algunos de los promotores de la libertad de testar, consideran que sería necesario establecer limitaciones sobre los bienes de procedencia familiar, de forma semejante a la legislación vizcaína (bienes troncales¹²⁰). Por ejemplo, para MAGARIÑOS BLANCO¹²¹, tendría sentido limitar la capacidad de testar de los bienes que se hayan adquirido por herencia o donación de un ascendiente o un hermano, mientras que merecerían distinto tratamiento aquellos bienes adquiridos con el esfuerzo y el trabajo del causante, respecto de los cuales sí debiera tener una plena capacidad de disposición, a salvo del cumplimiento de los deberes familiares.

Considera que los bienes adquiridos por herencia o donación, en principio, debieran transmitirse como legítima a los descendientes como cumplimiento de la voluntad del primer causante. Sin embargo, para el autor, debe permitírsele al primer causante apuntar si su voluntad es la de perpetuar el bien en la familia. Es decir, el primer causante podrá exponer en su testamento que su voluntad es que su llamado disponga libremente del bien, en cuyo caso la ley no debiera limitar la capacidad de testar, pues la única causa de dicha limitación era respetar la voluntad de aquel testador,

¹²⁰ Como se comentaba más arriba, el principio de troncalidad en el Fuero de Bizcaia impide al testador disponer de los bienes que se consideran troncales, que son los que el causante adquirió de un ascendiente común a él y al legitimar o de un colateral si éste lo adquirió, a su vez, de un ascendiente común.

¹²¹ MAGARIÑOS BLANCO, V. "La libertad de testar", en Revista de Derecho Privado, núm.9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005, págs. 83-94.

que si se pronuncia en contra de limitar la capacidad de testar, ya carece de sentido que *ex lege* se le imponga.

En resumen, la solución al problema que surge cuando la sucesión trata de un bien troncal o de procedencia familiar, para MAGARIÑOS sería la siguiente: si el donante o testador primero no dijera nada acerca del destino que debe dársele en un futuro a este bien, se deberá entender que tiene que mantenerse en manos de la familia y que, por lo tanto, el mismo formará parte de la legítima, pues de lo contrario se acabaría contradiciendo la voluntad de primer testador, que es la voluntad que debe tenerse en cuenta, dado que es el titular originariamente. Legítima que deberá adjudicarse a los descendientes para conseguir el fin de que se perpetúe el bien en la familia, pudiendo estos disponerlo solo entre el colectivo de los mismos. Ahora bien, si se pronunciara a favor de la plena disposición, ya no existirá ningún impedimento por la misma, ya que la única razón de limitarla era la voluntad del mismo.

VII. PROPUESTAS ACTUALES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

En este apartado se van a recoger algunas de las propuestas de reforma de la legítima que han ido planteando diferentes sectores de la doctrina.

7.1 Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

La primera de las propuestas que se va a analizar es la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que se expuso en el seminario de derecho permanente de Derecho Privado de la Universidad de La Rioja, codirigido por los profs. Dres. Pedro de Pablo Contreras y Sergio Cámara Lapuente (Catedráticos ambos de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja) que se llevó a cabo el 10 abril 2017, en la cuarta sesión, con el título de: "El Derecho común de sucesiones ante la realidad de la familia actual. Propuestas de lege ferenda", con María del Carmen González Carrasco Prof. Titular [acreditada a Catedrática] de Derecho civil, Univ. de Castilla-la Mancha como ponente.

En concreto interesa a este estudio el Capítulo VII del Título VI del Libro Cuarto, por ser éste el que trata a la legítima, coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán¹²².

Lo primero que se debe advertir es que este Anteproyecto mantendría la institución de la legítima prácticamente en los mismos términos que en la actualidad. De hecho, así lo indica el art. 467-1, según el cual sólo puede privarse a los legitimarios de su derecho “en los casos expresamente determinados por la ley”.

En cuanto a la lista de legitimarios, no existiría ningún tipo de cambio, puesto que el Anteproyecto mantiene a los hijos y descendientes, al viudo o viuda e, incluso, a los progenitores, y no sólo a estos, sino también al resto de ascendientes, en caso de inexistencia de descendientes (vd. art. 467-2), lo cual va totalmente en contra de la tendencia, tanto europea, como de las comunidades autónomas, que siguen la línea de eliminar, si no a los progenitores, al menos, al resto de ascendientes. Con lo cual, ya puede apreciarse que dicho Anteproyecto no apuesta muy fuerte por la flexibilidad de la capacidad de testar.

Comentadas las personas favorecidas por la legítima conviene estudiar cuál es la cuantía que les corresponde por este concepto, dado que en este punto sí existen grandes diferencias respecto del panorama actual:

- A los **hijos y descendientes** les corresponde distinta cuantía dependiendo de su número: 1/3 si solo hay un descendiente y 1/2 si son más. Ahora bien, 1/4 del caudal podrá aplicarse como mejora, y al igual que indica el Cc dicha mejora podrá adjudicarse a cualquier descendiente, incluso a los más alejas en grado, respecto de los hijos. Es decir, aunque existan hijos, el testador podrá destinar el cuarto de mejora a los nietos.

Con lo cual, la cuantía que corresponde a los descendientes se vería reducida, puesto que en la actualidad les corresponden 2/3 (aunque uno sea de mejora), mientras que si se promulgara esta reforma, en el mejor de los casos, les correspondería la mitad del caudal hereditario (cfr. art. 467-3).

¹²² Si bien es cierto, que el capítulo que se va a analizar ha sido elaborado por Gorka Galicia Aizpurua.

- La cuantía de los **progenitores o ascendientes** también se vería minorada (art. 467-4). Si concurrieran solos el Anteproyecto dice que constituiría su legítima $1/3$ del caudal, mientras que actualmente es $1/2$. Además, si solo existiera uno de grado más próximo o, aunque existieran varios, concurrieran con el cónyuge les correspondería $1/4$, que es una cuantía inferior el tercio al que tienen derecho actualmente en dichos supuestos.

- En cuanto al **cónyuge**, tal y como indica el art. 467-5 pueden darse tres circunstancias:

- 1) En primer lugar, si concurre con descendientes le corresponde $1/3$ en usufructo, al igual que actualmente.
- 2) En segundo lugar, si concurre con ascendientes, sí que cambia la cuantía pues le corresponde en usufructo toda la porción de libre disposición¹²³, al disminuir la cuantía de los ascendientes, ello significa que el usufructo recae sobre $3/4$ de la herencia, dado que como se ha apuntado, $1/4$ se adjudica a los ascendientes cuando concurren con el cónyuge superviviente. Ello significa que en caso de concurrir los ascendientes y el cónyuge la cuota de libre disposición quedará muy mermada, pues supondrá la nuda propiedad de los $3/4$ del usufructo viudal, con lo que en este caso el testador no tendrá la plena disposición de ninguna cuota del caudal.
- 3) Por último, si el cónyuge concurriera solo, el usufructo viudal será de la mitad del caudal. Con lo que su cuota se vería disminuida, dado que según la normativa vigente le corresponden $2/3$.

Abordadas las cuestiones principales, conviene hacer una breve referencia al art. 467-7, dado que podría tenerse en cuenta a la hora de replantear la institución. Dicho precepto, reconoce el derecho de habitación en favor de legitimario que sea persona con discapacidad, derecho que se atribuye siempre y cuando convivieran el causante y el discapacitado en el momento del fallecimiento.

Como se puede apreciar, el mayor cambio que traería este Anteproyecto sería su afectación a la cuantía de las legítimas, puesto que en lo demás no afectaría a la

¹²³ Según el art. 467-5,3 del Anteproyecto: “En caso de concurrencia con ascendientes el usufructo viudal recae sobre la porción libremente disponible”.

institución: la renuncia a la legítima sigue debiendo producirse una vez abierta la sucesión, de lo contrario se considera nula (Arts. 467-8 y 467-9); las donaciones hechas en vida se computan en la legítima y los legitimarios pueden solicitar su reducción por inoficiosas o excesivas (art. 467-13), etc.

Comentado ello, cabe decir que si bien es cierto que la cuantía de la legítima, en la mayor parte de los supuestos, se vería mermada, también lo es que este Anteproyecto no ha avanzado lo suficiente hacia la supresión de la legítima, en nuestra opinión, la reforma resultaría insuficiente, puesto que tanto los cambios en la sociedad como la doctrina propugnan un mayor cambio en la libertad de testar.

7.2 Otras propuestas.

A parte del Anteproyecto, como se ha comentado, existen muchos autores que manifiestan un cierto descontento por las legítimas y que abogan por reformar esta institución, que por inercia ha llegado a nuestros días, pero que no encaja en una sociedad como la actual.

Algunas de las propuestas de reforma mas destacables son:

7.2.1 Legítimas colectivas.

- Una posible reforma no excesivamente radical sería la opción escogida por algunas Comunidades Autónomas de establecer una legítima colectiva, tal y como comenta VAQUER ALOY, A.¹²⁴, dado que, aunque obliga al testador a destinar parte de su haber a determinados parientes, le deja la libertad de elegir a cuáles de ellos beneficiar, puesto que como comentábamos al analizar los derechos forales, estableciendo una legítima colectiva el testador puede beneficiar a uno, a varios o a todos de sus legitimarios, teniendo plena capacidad de decisión. De esta manera, la legítima al completo interactuaría de manera semejante a la mejora actual.

7.2.2 La family provision.

- Otra posible reforma, algo más sería la de aportar un sistema semejante al de la *family provision*, de tal manera que el legitimario solo tendría derecho a su cuota en

¹²⁴ Vd. VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” (2007) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007.

casos de necesidad y probadas las circunstancias que se comentaban al hablar de este sistema. Para el mencionado autor esta no sería una opción adecuada, en nuestra opinión tampoco lo es, dado que, como ya dijimos anteriormente, este sistema tiene dos grandes problemas: en primer lugar, la dificultad probatoria que supone demostrar la situación de necesidad (además, de fijar cuál es el momento en que debe surgir este estado: si a la muerte del causante, si después de la misma...) y, además, la enorme discrecionalidad que debe otorgarse al juzgador.

Además de los problemas intrínsecos a la institución, como indica VAQUER ALOY, A., esta figura es difícilmente encajaba en nuestra tradición jurídica “muy enraizada en las cuotas fijas, y tiene como inconvenientes adicionales sus mayores costes de transacción, pues daría lugar a muchas más consultas con abogados, su menor previsibilidad con un potencial aumento de pleitos entre familiares, y su complejidad, pues obliga a las partes a proporcionar prueba suficiente de detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados”.

7.2.3 Pensión de alimentos alternativa.

- Algo parecido a la *family provision*, pero sin serlo es lo que propugna gran parte del colectivo notarial, que pretende una supresión de la legítima unida al establecimiento de una pensión de alimentos para aquellos familiares que estén en derecho de pedirlo¹²⁵. BARRIO GALLARDO¹²⁶ recoge a grandes rasgos en qué consiste la reforma y cuáles son sus precursores. Comentan los autores, que de esta

¹²⁵ Cfr. Acerca de los alimentos a la hora de analizar la supresión de la legítima: MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar”, en Revista de Derecho Privado, núm.9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005, págs. 83-94. Fundamenta por qué considera que debe continuar la obligación de alimentos después de la muerte, a pesar del art. 169 Cc de la siguiente manera : “Es cierto que la patria potestad se extingue con la muerte de los padres (art. 169 CC), y que la obligación de prestar alimentos cesa por la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme (art. 150 CC). Pero no sería razonable que el patrimonio de los padres quedare indemne, si se introduce la libertad de testar y se ejerce por los padres al margen de las obligaciones que tienen con los hijos menores de edad. Es entonces cuando la protección familiar ordenada en el art. 39 CE debe traducirse en un derecho de alimentos por vía legal sucesoria, limitando la libertad de testar, dada la funcionalidad social y familiar que en este caso sí, claramente, desempeña tal limitación”.

¹²⁶ Vd. BARRIO GALLARDO, A, “Una propuesta de reforma del Código Civil: El derecho sucesorio de alimentos” en BARRIO GALLARDO, A, “El largo camino hacia la libertad de testar” Ed. Dykinson, 2012, págs. 483 a 499.

manera se lograría la libertad de testar absoluta en España complementada con el cumplimiento del deber de alimentos.

El máximo propulsor de esta teoría es el notario CALATAYUD SIERRA, A.¹²⁷, en cuya ponencia ya expuso en qué tres pilares se apoyaría este posible sistema: 1) Establecer la plena libertad de disposición, con las “únicas restricciones que estén plenamente justificadas, aquellas que demanden ineludiblemente las necesidades sociales”. 2) Los derechos forzosos sólo estarían constituidos por el derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante. 3) Por último, aunque la ponencia no habla del cónyuge, respecto del mismo considera que debiera tener un derecho vitalicio de habitación sobre la vivienda conyugal y, también el derecho de alimentos, al igual que con los descendientes. Según MAGARIÑOS BLANCO¹²⁸, el cónyuge debiera conservar este derecho siempre que se conserve viudo y no conviva maritalmente con otra persona.

MAGARIÑOS BLANCO ahonda un poco más en el contenido de ese posible derecho de alimentos. Como ya dijimos, considera que, en caso de eliminarse la legítima, no puede aceptarse de pleno la extinción del derecho de alimentos a la muerte del causante, sino que éste deberá cubrir las necesidades de sus descendientes con la comentada pensión de alimentos. En concreto, considera que debería cubrir el derecho de habitación, en caso de que conviviera con el fallecido, como mínimo, hasta la mayoría de edad; además, los gastos de educación y formación, dado que normalmente los mismos se extenderán más allá de la mayoría de edad; lógicamente, los alimentos, el vestido, etc.

Este autor, considera que la cuantía de dicha pensión debería ser aquella que mantuviera el mismo nivel de educación que se había iniciado viviendo el padre o madre fallecida o con referencia a personas del mismo nivel económico y social. Y en cuanto al límite temporal, establece que debería tomarse como referencia el art. 142 Cc

¹²⁷ Vd. CALATAYUD SIERRA, A “Consideraciones acerca de la libertad de testar” expuesto en su Ponencia presentada en la academia sevillana del Notariado (23 de marzo de 1995). Se puede consultar en: <https://app.vlex.com/#vid/testar-ponencia-presentada-sevillana-234787>

¹²⁸ Cfr. MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar”, en Revista de Derecho Privado, núm. 9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005, págs. 83-94

que dispone que el derecho de alimentos durará mientras sea “menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

7.2.4 Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana.

- Dentro de las propuestas, también se puede hacer referencia al Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana en el año 2009, que además de lo ya comentado respecto de la cuantía en el apartado derecho foral, recoge supuestos concretos que podrían ampliarse al ámbito nacional. Por ejemplo, como se apuntaba, respecto del patrimonio empresarial el testador tendría plena capacidad de testar; recoge además una legítima especial para los casos de hijos o descendientes discapacitados, de hecho la regula de forma muy detallada. Con ella, les correspondería a estos legitimarios, una “pensión alimenticia que les permita cubrir sus necesidades del modo como lo eran antes del fallecimiento del causante conforme a las nuevas circunstancias de la familia”, con ciertos límites cuantitativos (vd. art. 126). Como se puede apreciar, es un sistema semejante al de la pensión de alimentos, pues lo que pretende la normativa es que el causante siga cumpliendo con sus obligaciones familiares, aún después de su muerte.

El art. 127 establece quiénes se consideran discapacitados, que no sólo son los incapacitados judicialmente, sino los que al momento de la muerte estuvieren afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento o, en general, por una minusvalía que les haga necesitados del apoyo indispensable y continuo de otra persona o de un apoyo generalizado para su autonomía personal.

Con lo cual, la propuesta valenciana, es semejante a la de aquellos autores que consideran que debería establecerse una pensión de alimentos a favor de los hijos (menores de edad o en edad de formación y los discapacitados) en sustitución de la legítima, pero se queda a medio camino, dado que no establece una plena libertad de testar, como se pudo analizar más arriba.

7.2.5 El principio de solidaridad intergeneracional.

- Otra idea que plantea VAQUER ALOY, después de decantarse por establecer las cuotas fijas, (es decir por no eliminar la legítima), y por descartar la opción de vincularla a una pensión de alimentos, es la de eliminar a los ascendientes de la lista de legitimarios.

Para el autor, en una sociedad con una esperanza de vida como la nuestra, donde la etapa de acumulación de riqueza está establecida entorno a la mediana edad y en la que existen sistemas de previsión públicos y privados no encajan los ascendientes como legitimarios.

Ahora bien, dentro de su propuesta no sólo eliminaría a los ascendientes, sino que, además, a los descendientes sólo les correspondería legítima cuando entrara en juego el principio de solidaridad intergeneracional, con lo que su propuesta es cercana a la aportado por el sector notarial, como se va a apreciar a continuación.

Del principio de solidaridad se deriva que tendrán derecho a legítima, evidentemente, los hijos menores de edad y los incapacitados (no sólo a los declarados como tal judicialmente, sino que el principio de solidaridad intergeneracional también exigiría cubrir las necesidades de quienes tengan reconocido algún grado de discapacidad por las autoridades administrativas competentes. Además, indica que sería más adecuado favorecer no sólo a los discapacitados en el momento de la muerte, sino también a los que lo fueren con posterioridad, estableciendo un plazo máximo de diez años).

Propone que se extienda a los descendientes hasta los veinticinco años, dado que lo habitual es que desde los dieciocho años hasta dicha edad los descendientes se formen y los gastos de educación también debieran cubrirse por la legítima para este autor. En concreto, expone: “pues entonces es cuando, precisamente, se entra en la universidad, por lo que propongo que la legítima se perciba hasta los veinticinco años, sobre la base del dato empírico que a partir de esta edad se observa un incremento destacado en la tasa de ocupación”. Con lo cual, podría imputarse como legítima los gastos de formación y educación.

Respecto del cónyuge, considera que debería tener derecho en todos los supuestos, en este punto sí se distancia por esa postura mucho más flexible adoptada por los notarios.

7.2.6 Establecimiento de la legítima en metálico.

Como ya hemos ido comentando a lo largo del trabajo, se considera más cercana a la libertad de testar aquella legítima que pueda abonarse en metálico y no aquella que atribuya derechos a los legitimarios sobre los bienes de la herencia. Con lo cual, otra posible propuesta sería la de establecer la legítima en metálico, es decir, aunque no existiera dinero en la herencia, debiera permitirse la conversión de la misma en un derecho de crédito contra la herencia, de tal manera que los herederos puedan abonar a este legitimario su cuota en dinero de cualquier procedencia, incluso extrahereditario. De esta manera, el causante podría disponer de sus bienes libremente. De esta propuesta habló ANTONY VAQUER, A., en su ponencia “La necesaria reforma del derecho de sucesiones. Propuestas para el Código Civil desde la recientísima experiencia catalana”¹²⁹.

Acerca de la computación de las donaciones también propone una reforma en dicha ponencia, considera que deben computarse sólo las realizadas en los últimos diez años, no las anteriores, salvo que sean totalmente imputables a las legítimas. Esto ampliaría la capacidad del testador, que en vida podría realizar donaciones más libremente, y centraría la visión en las más cercanas a su muerte, que probablemente sean las destinadas a despatrimonializarse.

Además, otro medio para acercarse a la libertad de testar que propone, es considerar que si el llamado renuncia a un legado o atribución mortis causa deberá también renunciar a la legítima. Como se comentaba, este autor también considera que debe eliminarse a los ascendientes de la lista de los legitimarios.

Dicho autor mantuvo la misma postura, en la jornada “*Para una mayor libertad de testar*” que se celebró el 10 de diciembre de 2014 en la Universidad de la Rioja;

¹²⁹ Ponencia celebrada en la Universidad de La Rioja en el Seminario Permanente de Derecho Privado de la Universidad de La Rioja y Centro de Estudios Registrales de La Rioja, en su Sexta Sesión del Curso 2007/2008. Se puede consultar en: http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Resumen_SPDP_14_4_2008.pdf redactado por SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.

donde tanto los tres ponentes principales, -Sergio Cámara Lapuente (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja), Victorio Magariños Blanco (Notario) y Antoni Vaquer Aloy (Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Lleida)- cuanto los participantes en la posterior mesa redonda -entre ellos, Pedro de Pablo Contreras (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja)- sostuvieron sus posturas reformistas.

7.3- Nuestra propuesta.

Considero conveniente dejar constancia en este apartado de la propuesta reformista que defiende el Dtor. DE PABLO CONTRERAS¹³⁰, de la que me hago eco practicante en totalidad, a excepción de algunas matizaciones que añadiremos mas adelante.

Opina DE PABLO con acierto, que en lo relativo a la sucesión testamentaria debe existir plena libertad de testar con imposición a los herederos de la obligación de alimentos en relación con los miembros de la familia del testador; y en tanto en la testada cuanto en la intestada, defiende la supresión como heredero del cónyuge viudo¹³¹ sin perjuicio de la atribución legal al mismo, mientras no se case con otra persona, del derecho de usufructo sobre la vivienda familiar (en su caso, sobre la parte que no se le hubiera atribuido en propiedad en la liquidación de la sociedad de gananciales).

Según el profesor, lo que ha de prevalecer en todo caso es la *no preterición* en su testamento de ninguno de los hijos del testador, sea cuál sea su origen, así como sus consecuencias (apertura de la sucesión intestada); y esto, a su vez, permite –atendiendo a la realidad social y legal actual– atender voluntariamente en el testamento a la pareja de hecho.

¹³⁰ Propuesta defendida en su participación en la Ponencia celebrada en la Universidad de La Rioja en el Seminario Permanente de Derecho Privado de la Universidad de La Rioja y Centro de Estudios Registrales de La Rioja, en su Sexta Sesión del Curso 2007/2008.

¹³¹ Dice DE PABLO, :“...a pesar de lo dispuesto en el art. 807.3 Cc., el cónyuge viudo no es un heredero forzoso, pues la ley no le garantiza la titularidad plena de una porción de bienes.”, en “Los herederos forzosos y su posición jurídica” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016.

De acuerdo con DE PABLO, la propuesta de reforma que yo planteo, tiende a una amplia libertad de testar y a la eliminación completa del sistema legitimario en el Código Civil español, pero con algunas matizaciones que paso ahora a relatar.

Considero necesario conservar la protección de los alimentos, tanto de ascendientes como descendientes, a modo de dotación económica a cargo del haber hereditario. Protección que no debiera, en mi opinión ir mas allá de la obligación legal de alimentos y lo suficiente para procurarles a los hijos una educación completa, mientras sean menores de edad e incluso hasta que razonablemente la puedan lograr; y en todo caso cuando estén en situación de discapacidad.

Se acerca mi postura bastante al régimen existente en Navarra, en el aspecto de mantener la denominada legítima formal que obliga al causante a mencionar a los excluidos en el testamento, de lo contrario actuará el mecanismo preterición. Entiendo conveniente este sistema que evitaría posibles errores del causante con pésimas consecuencias.

Con respecto cónyuge superstite, es lógico es que pueda disfrutar de los bienes compartidos y ganados con el fruto del trabajo de ambos, quedando liberado del consentimiento de sus hijos para poder disponer con libertad de su patrimonio, siempre y cuando sea este el deseo del causante y no por atribución de la ley. Eso si, debería de haber una limitación para los casos “muy excepcionales” en los que el cónyuge superviviente, tras haber heredado todo de su pareja, decida testar a favor de un extraño, contraviendo la voluntad del primer causante.

En resumen, proponemos no legislar para lo patológico sino para lo genérico, tal como opina GARCÍA GOYENA. La ley que da mas libertad de testar no esta intentando amparar una injusticia sino que no considera necesario su intervención para que un padre decida testar a favor de sus hijos.

VIII- CONCLUSIONES.

Tras el estudio realizado en este trabajo hemos llegado a la conclusión de que el Código Civil necesita una reforma urgente del sistema sucesorio, en especial en lo relativo a la legítima, basándolo fundamentalmente en las características sociales y estructurales de la familia Española. Y es que nos enfrentamos a una legislación obsoleta, que se apoya en argumentos que no contemplan las reivindicaciones y necesidades de la sociedad actual.

Las restricciones a la libertad de testar, imponen un límite importante en el contenido esencial del derecho de propiedad, instrumento elemental para el pleno desarrollo de la libertad. El ser humano requiere poder de disposición de su patrimonio, para conseguir sacar adelante su proyecto de vida, por ello, la imposición de límites a la propiedad ha de estar fundamentada de forma extremadamente consecuente con la función social y en aras del servicio de la paz social.

Es cierto que la legítima pudo, en el pasado, tener un papel primordial y justo, cuando las figuras tanto del padre como de los hijos eran claves para el sostenimiento mutuo y la economía familiar, pero actualmente podemos afirmar que el régimen legitimario vigente en nuestro Código Civil, resulta desproporcionado y por consiguiente injusto.

Son muchas las razones que nos llevan a realizar esta afirmación y prácticamente todas ellas se apoyan en la certeza de que la realidad social y familiar actual es muy diferente a aquella de 1889, que acompañó al Código Civil en su promulgación. En aquel momento la familia consistía en una comunidad unida en base a unos profundos vínculos constantes de apoyo, protección, defensa y cooperación, dentro de un sistema muy jerarquizado. Hoy han dejado de existir todas aquellas razones que en su día justificaron un régimen sucesorio tan restrictivo. Esa unión familiar quedó atrás, dando lugar a la distancia, el desinterés, y la falta de cooperación entre sus miembros. La tendencia actual en los jóvenes es de separarse del núcleo familiar y el ritmo de vida existente los envuelve en multitud de actividades tanto laborales como de ocio; situación que suele desembocar en desinterés y desatención hacia sus padres, mas aún en la difícil etapa de la vejez. En muchas ocasiones los ancianos tienen que vivir solos y

desatendidos tanto a nivel afectivo como físico y sin apenas mantener relación con sus hijos o nietos. Y es que hoy la familia esta basada en el afecto e interés mutuo, pero en el momento que estos desaparecen se rompen los lazos y no hay continuidad en ella.

En la realidad de la sociedad contemporánea prevalece el interés en procurar una formación a los hijos, sobre el de garantizarles un patrimonio cuando falten los progenitores. Además el aumento de la esperanza de vida ha retrasado mucho la edad en la que se hereda, y consecuentemente es mucho mas útil tener una buena formación que garantice un futuro, que quedar a expensas de una herencia que lo mas probable es que llegue rondando la edad de jubilación.

La protección a la familia es el único argumento que podría justificar actualmente la conservación del sistema legitimario en nuestro ordenamiento. Protección que de ningún modo se consigue reservando una parte de los bienes a unas personas por la única razón de ser parientes, sin tener en cuenta otros aspectos de la realidad familiar. Estas perspectivas económicas que vienen dadas de forma gratuita por la ley, son perjudiciales para el aprendizaje de los hijos. La obligación legal es educar y alimentar pero nunca generar fortuna.

Hoy la verdadera necesidad de protección la tienen los padres, que son la autentica parte débil y para colmo, los que generaron el patrimonio. Ellos necesitan total libertad de disponer de sus bienes para poder desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte con la seguridad de que van a estar atendidos y cuidados en su vejez.

Mientras que los límites que impone la legítima provocan injusticias que generan el descontento y el rechazo, es precisamente la libertad de testar, la que posiblemente garantice la unión, y el aliciente necesario para la recuperación del afecto y la cooperación dentro de la familia.

Por ello el legislador estatal no debería tener miedo a suprimir o reducir drásticamente la institución de la legítima, para adaptarla a las exigencias de la realidad social actual, mas aún teniendo por ejemplo legislaciones forales como la de Navarra que han defendido la libertad de testar durante siglos, lo cual no ha supuesto ningún perjuicio en sus relaciones de familia.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

-ALONSO MARTÍNEZ. M.: El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, cap. IX, especialmente su sección IV.

-ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil”, en Actualidad Civil, Sección Doctrina, Editorial, LA LEY 2338/2001.

-ALVARO DZORS “Derecho privado romano”.

-ARROYO I AMAYUELAS, E., “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania” (2010) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 1/2010.

-AZCARATE en “*Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*”, tomo III, cap. VIII, Madrid 1883.

-BARRIO GALLARDO, A, “Una propuesta de reforma del Código Civil: El derecho sucesorio de alimentos” en BARRIO GALLARDO, A, “El largo camino hacia la libertad de testar” Ed. Dykinson, 2012.

-BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, B., “Sección quinta. De las legítimas”, en

-BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, B., (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 584

-CABEZUELO ARENAS, A.L., “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación” (2015), en Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2015 parte Comentario.

-CALATAYUD SIERRA, A “Consideraciones acerca de la libertad de testar” expuesto en su Ponencia presentada en la academia sevillana del Notariado (23 de marzo de 1995).

-CÁMARA LAPUENTE, S., “Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law”, en *Anderson y Arroyo*, edits. The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives, European Studies in Private Law (5), Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pág. 301.

-CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ

- ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016
- COSTA, J., “Forma que debe revestir el Código, derivada del principio foral *Standum est chartae*. Libertad civil. Hermeneútica legal”, en “*Libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*”, Madrid, 1883, citado en VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La libertad civil”, págs. 187 y ss.
- COSTA, J., “La libertad de testar y las legítimas”, publicado en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses* (Madrid, 1883).
- DE PABLO CONTRERAS en: “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, Pag.27.
- DE PABLO CONTRERAS, P. “Los herederos forzosos y su posición jurídica ” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016, págs. 274 a 281
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pag. 25.
- DURÁN Y BAS, M., “Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña”, Capítulo IV, Barcelona.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “Título I. La sucesión forzosa”, en *La sucesión forzosa*, Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 24 a 33
- FERNÁNDEZ-HIERRO, MARÍA y FERNÁNDEZ-HIERRO, MARTA, “Panorama legislativo actual de la libertad de testar” (2010), en *Academia Vasca de Derecho Boletín JADO*. Bilbao. Año VIII. Nº 19. Mayo 2010, págs. 28-54.
- GALICIA AIZPURUA, G. “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco” (2016), en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 5/2016 parte Tribuna.
- GINER DE LOS RIOS, F. en “Resumen de Filosofía del Derecho”, Madrid 1883.
- <http://www.derechoromano.es/2012/09/sucesion-necesaria-querella-innofficiosi-testamenti.html> Derecho Privado Romano - Antonio Ortega Carrillo de Albornoz.

<http://www.monografias.com/trabajos96/derecho-romano-ii-sucesiones-testamento/derecho-romano-ii-sucesiones-testamento.shtml#ixzz4ikLIr43E>

-IRURZUN GOICOA, D. “¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)” (2015) en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 751, págs. 2515 a 2537

-LACRUZ BERDEJO, J. L. (Coord), Elementos del Derecho civil. Tomo IV. Familia, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 6.

-LACRUZ BERDEJO, Derecho de Sucesiones II, 1973, pág. 13 y 14.

-“Legítima”, [guiasjuridicas.es](http://www.guiasjuridicas.es), http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASrZHNTUAAAA=WKE.

-LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O, “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en MONJE BALMASEDA, O (Coordinador), El patrimonio sucesorio. Volumen 1, reflexiones para un debate reformista, Dykinson, Madrid, 2014.

-LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en Comentario a la constitución socio-económica de España, Granada, 2002, pag. 279

-MAGARIÑOS BLANCO, V, “Análisis de la libertad de testar, en revista digital” www.JoaquinCosta.com”, Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa, 14 octubre de 2009.

-MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar”, en Revista de Derecho Privado, núm.9-10/2005, Septiembre-Octubre 2005.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Familia, sociedad y derecho”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016.

-MORET Y PREDGAST, S. y LUIS SILVELA, en “ La familia foral y la familia castellana” (Madrid, 1.863).

-O’CALLAGHAN, X, en “Compendio de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones”, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012, Lección 12

- PARRA LUCÁN, M.A., “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” (2011), en Diario La Ley, Nº 7675, Sección Tribuna, , Año XXXII, Ref. D-304, Editorial LA LEY.
- PARRA LUCÁN, M.A.,”Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 13, 2009.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Legítimas y mejora: su satisfacción en la sucesión testada” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016,.
- POLO AREVALO, E.V. “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad” en Revista Internacional de Derecho Romano (Abril 2013).
- REBOLLEDO VARELA, A.L., “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación” en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010
- SANCHEZ ROMAN en “Estudios de Derecho Civil”, t. VI-II Madrid 1910.
- TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima en el Código Civil (I)”, en TORRES GARCÍA, T.F. (Coordinadora), Tratado de legítimas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.
- TORRES LANA, J.A., “El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa” (2004) en Revista jurídica de Navarra, nº37.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en ALBADALEJO, M. (Dir.), Edersa, tomo XI, Madrid, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “*Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*” TOMO I «Las legítimas» Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil Volumen LVIII 1974.
- VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” (2007) en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007.

-PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La sucesión y el derecho sucesorio” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (Coordinador), Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones, Ed. EDISOFER, Madrid, 2016.

X. JURISPRUDENCIA.

Tribunal Constitucional

Internacional:

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 19 de abril de 2005

Caso Garland vs Morris and another (2007),

Nacional:

STC de 27 de abril de 2010 (RTC 2010/9).

STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93)

Tribunal Supremo

STS de 6 de julio de 1957.

STS de 21 de abril de 1980 (RJ 2762)

STS de 10 de febrero de 1986 (RJ 513).

STS de 26 de septiembre de 1989 (RJ 6381).

STS de 17 de marzo de 1995

STS de 28 septiembre de 2005. (RJ 2005\7154)

STS de 27 de mayo de 2010 (RJ 2010\5158)

STS de 3 junio de 2014 (RJ 2014\3900)

Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Islas Baleares de 24 octubre de 2012 (RJ\2012\11175)

XI. NORMATIVA CITADA.

Nacional

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución Española de 1978

Autonómica

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (Vigente hasta el 03 de Octubre de 2015).

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

Internacional:

Succession Act. 1965

Inheritance Act (1975)

Código Civil Federal Mexicano

Ley alemana de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, de 24 de septiembre de 2004

Ley francesa sobre la reforma de sucesiones y donaciones de 23 de junio de 2006